

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES JUDICIALES Y DERECHO A LA IGUALDAD-Protección de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta

Es ajustado a la Constitución que los servidores judiciales realicen actividades tendientes a proteger especialmente a aquellas personas que se encuentren en las circunstancias ya expresadas tal como se advierte en varios artículos de la misma ley 906 de 2004, que desarrollan dicha protección especial. Así las cosas, no resta a esta Corte que declarar ajustada al Art. 13 de la Constitución Política la expresión “y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” contenida en el artículo 4º de la ley 906 de 2004.

## DERECHO DE DEFENSA-Importancia

DERECHO DE DEFENSA-Para su ejercicio no tiene límite temporal

Evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa.

Como se ha dicho , el derecho de defensa es general y universal , y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal. Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso.

## DERECHO DE DEFENSA EN INVESTIGACION PREVIA-Alcance

La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal. Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada , a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa. No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá , es que a dicha persona no se le apliquen excepciones

temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse. En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra , tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

## DERECHO DE DEFENSA EN INVESTIGACION PENAL-Ejercicio desde antes de la imputación/DERECHO DE DEFENSA EN INVESTIGACION PENAL-Aplicación de interpretación sistemática

La interpretación incluyente, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal , pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional. En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos . Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004 , si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado , sería violatorio del derecho de defensa.

## DERECHOS CONSTITUCIONALES-Textura abierta

El artículo 33 Constitucional establece una garantía consistente en que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o contra cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad , segundo de afinidad o primero civil. No obstante, el literal b ) del artículo 8° de la mencionada ley, ha establecido esta protección en cabeza de otras personas diferentes a las mencionadas en el artículo constitucional, a saber: los compañeros permanentes y parientes en cuarto grado civil. El demandante acusa de inconstitucional la norma, por cuanto específicamente en lo relacionado con el parentesco civil, se extiende hasta el cuarto grado no obstante que el artículo Constitucional lo circumscribe al primero. Sin

embargo, para esta Corporación dicha extensión es mucho más garantista. En otras palabras, la posibilidad de que una persona no esté obligada a declarar contra parientes en el cuarto grado civil es una amplificación de la garantía constitucional, que en manera alguna vulnera la Constitución sino que por el Contrario es un perfecto desarrollo de ella. Además , dicha ampliación permite situar en condiciones de igualdad a los hijos no solo matrimoniales y naturales sino igualmente a los hijos adoptivos como lo estableció la Sentencia C- 1287 de 2001.

#### PRINCIPIOS DE COSA JUZGADA Y DE NON BIS IN IDEM-Relación y características

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN ACCION DE REVISION EN PROCESO PENAL-Se ve limitado por la justicia como valor estatal/ACCION DE REVISION EN PROCESO PENAL-Procedencia cuando fallo ha sido determinado por un delito o fundamentado en prueba falsa

La acción de revisión es un mecanismo procedural que limita el principio de nom bis in idem. Y lo limita por cuanto permite que una persona que ya ha sido sentenciada pueda volver a serlo debido a hechos nuevos o pruebas nuevas y esto es lo que hace que el proceso no sea efectivamente igual al anterior. Debe afirmarse que dicha acción procede cuando el fallo haya sido determinado por el delito de un juez o un tercero ó por prueba falsa que sirva de base para las conclusiones del mismo. Es claro para esta Corporación que en aquel fallo penal donde se haya emitido una sentencia sea absolutoria o condenatoria , y este se ha determinado en un delito del un juez o de un tercero ó ha sido sustentado en una prueba falsa; se está violentando no solo un valor fundamental de la Constitución como es la justicia sino igualmente no se cumple con uno de los fines primordiales del Estado como lo es el alcance de un orden justo. Lo dicho, por cuanto el fallo no sería correspondiente con una justicia material sino que estaríamos en presencia de un fallo formal ( fruto de un delito o una prueba falta ) ajeno a lo que busca el ordenamiento Constitucional. Por ende, el principio de nom bis in idem , se ve limitado por unos intereses de mayor jerarquía como lo son la justicia como valor Estatal y el orden justo como objetivo primordial del Estado. No obstante, es la ley la que taxativamente determina dichas limitaciones siempre y cuando estén ajustadas a la Constitución, como es el presente caso.

Referencia: expediente D-5464

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 2 inciso 3°, 4 inciso 1° en relación con

el cargo por supuesta violación del derecho de igualdad , 8 inciso 1° y literal ( b ), 20 inciso 2° y 192 numerales 5 y 6 , de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Demandante: Edgar Saavedra Rojas

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., dos (2) de agosto 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 en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Edgar Saavedra Rojas, presentó demanda contra la ley 906 de 2004 en su totalidad, y específicamente contra los artículos 2 inciso 3°, artículo 4 inciso 1°, artículo 5 inciso 1°, artículo 6 incisos 2° y 3° , artículo 7 inciso 4°, artículo 8 inciso 1° literales b, j, k , l y artículo 131 ; artículo 11 literales e, i , artículos 133 inciso 1° , artículo 134 inciso 1° ,artículo 135 y artículo 136 inciso 1° numerales del 1 al 15; artículo 13 inciso 1°, artículo 14 inciso 2°, artículo 15 inciso 2° , artículo 18 inciso 1° , artículo 19 inciso 1°, artículo 20 inciso 2°, artículo 21 inciso 1° y artículo 192 numerales 5 y 6. , por infringir el preámbulo, los artículos 1, 2 , 13 , 15, 28, 29, 31, 33, 103, 113, 116, 158 , 228, 229, 230, 250 y 251 de la Constitución Política y los artículos 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mediante auto de octubre veintinueve ( 29 ) de 2004 , el Magistrado Sustanciador admitió la demanda respecto de los artículos 2 inciso 3°, 4 inciso 1° en relación con el cargo por supuesta violación del derecho de igualdad , 8 inciso 1° y literal ( b ), 20 inciso 2° y 192 numerales 5 y 6. En la misma providencia se inadmitió la demanda con relación a las

restantes normas demandadas.

A través de informe de la Secretaría General de esta Corporación, de fecha nueve ( 9 ) de noviembre de 2004, se evidencia que el actor no corrigió la demanda, por cuanto el término de ejecutoria venció en silencio. ( fl.520 )

A través de auto de veinticinco ( 25 ) de noviembre del mismo año , se corrió traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente.

El 16 de diciembre del año mencionado, el expediente fue recibido en el Despacho del Magistrado Sustanciador , incluyendo el oficio No DP- 1592 recibido en esta Corporación el 15 de diciembre de 2004 , suscrito por EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Procurador y Viceprocurador General de la Nación respectivamente, quienes solicitan a esta Corte disponer que el Procurador General , en virtud de la función que le atribuye el numeral 33 del artículo 7º del Decreto - Ley 262 de 2000 , designe al funcionario que debe rendir el concepto en el proceso de la referencia pues los suscritos se encuentran impedidos.

La razón que aducen para su impedimento es que como Procurador y Viceprocurador , 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-.

Por tal razón , la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante auto de ocho ( 8 ) febrero de 2005, decidió aceptar los impedimentos propuestos y ordenó que el Procurador General de la Nación designará el funcionario que rendiría el concepto .

Así las cosas, cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

La Corte realizará de manera separada, el estudio de cada una de las disposiciones demandadas. Por esta razón, se transcribirán los textos de las normas acusadas ( publicadas en el Diario Oficial No 45.657 de 31 de Agosto de 2004) en las cuales serán resaltadas las

partes acusadas de inconstitucionalidad, a continuación serán citadas las intervenciones, posteriormente el concepto del Procurador General de la Nación y finalmente las consideraciones de esta Corporación.

## NORMA ACUSADA

**1. ARTÍCULO 2o. LIBERTAD** Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

### 1.2 DEMANDA

Afirma el demandante que “Esta facultad de la Fiscalía solo puede autorizarse de manera excepcional tal como lo indica la Carta Política, al determinarse en el artículo 250 lo siguiente:

LA LEY PODRÁ FACULTAR A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA REALIZAR EXCEPCIONALMENTE CAPTURAS; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. ( Lo destacado no lo es en el texto ).-

De conformidad con la voluntad del Constituyente la competencia conferida a la Fiscalía para

ordenar capturas es única y exclusivamente para casos absolutamente excepcionales como claramente se evidencia de la redacción gramatical que se le dio a este aspecto en la Carta Política.-

Como la Constitución defirió en la ley el desarrollo de esa facultad, al concretarse la misma, se modificó el mandato constitucional, en cuanto a que no alude a la excepcionalidad de la misma, sino que establece una nueva condición que no aparece en la Carta, puesto que se dispone que se podrá capturar cuando existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito.-

Nos parece que primero que todo, se ha debido establecer unas determinadas exigencias, que destaque precisamente la excepcionalidad a la que alude la Constitución; en tratándose de derecho tal trascendental como es la libertad de las personas creo que ha debido establecerse exigencias mínima, como que se trate de delitos que tengan prevista detención preventiva y que la captura sea necesaria para garantizar su comparecencia al proceso, la preservación de la prueba o la protección de la comunidad y de las víctimas.-

De la misma manera se debe indicar que en esos casos debe desarrollarse tal facultad a través de un mandamiento escrito, en el que se debe indicar en forma clara los motivos de la captura, una relación sucinta de los medios probatorios existentes que demuestren la autoría o participación en el delito de la persona que se ordena capturar, el nombre y los datos que identifiquen o individualicen al imputado y el despacho que la ordena.-

Tal como aparece redactada la norma que se demanda parcialmente aparece como un cheque en blanco, que podría originar muchos abusos, por la tendencia judicial de ordenar la pérdida de la libertad de los ciudadanos de una manera muy ligera, rápida y superficialmente.-

No debe olvidarse que la libertad debe ser la norma general que informe los procesos penales, mientras que la captura y la detención deben ser hechos excepcionales, cuando realmente la privación o la restricción de la libertad sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable.-

Siendo un derecho de tanta trascendencia para la vida del ciudadano era menester que en la norma que se demanda se hubiesen incluidos los requisitos antes comentados, precisamente

para que éste constitucional derecho quede realmente protegido y tutelado.-

De conformidad con la doctrina contemporánea, con la jurisprudencia y la legislaciones universales, la privación o restricción de la libertad solo tendrá justificación: “.....CUANDO RESULTE NECESARIA PARA GARANTIZAR SU COMPARCENCIA O LA PRESERVACIÓN DE LA PRUEBA O LA PROTECCIÓN DE LA COMUNIDAD, EN ESPECIAL, DE LAS VÍCTIMAS.”.-

En las circunstancias precedentes de manera comedida solicitamos se declare la inexequibilidad del aparte demandado o se haga un pronunciamiento de constitucionalidad condicionada, debiéndose precisar todos los requisitos que deben tenerse en cuenta y que deben aparecer en una orden de captura, para evitar los desafortunados abusos que cotidianamente son cometidos por nuestros jueces que han hecho popularizar el adagio según el cual entre nosotros se captura para investigar y no se investiga para capturar.-

Este aspecto fue debatido tanto en la comisión preparatoria, como en el Congreso de la Republica cuando estaba en trámite el acto legislativo No. 03 de 2.002, observemos:

Comisión preparatoria:

“Dr. Jaime Granados: Definitivamente este es un tema crucial, pero como se está hablando de la captura y la Corte Constitucional admitió la detención administrativa, ¿Por qué no va a ser posible la captura por la Fiscalía General de la Nación? ...” (Acta No.3 Reunión Comisión Preparatoria - febrero 12 de 2.002 Despacho del Fiscal General)

Exposición de motivos proyecto de acto legislativo (Gaceta No. 134 de 2.002):

“Lo anterior no quiere decir que la Fiscalía no pueda actuar como cualquier ciudadano en los casos de la captura en flagrancia, lo mismo que se mantendrán las atribuciones de la captura administrativa, en los eventos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente a partir de la Sentencia C-024 de 1.994”

Ponencia para 4º debate en el Senado del proyecto de Acto Legislativo:

“Sin embargo, se reserva la posibilidad de capturar administrativamente en los términos en que la ley fije”

Queda claro que la intención siempre fue el que la Fiscalía pudiese ejercer las facultades para una captura administrativa así ello no se hubiese consignado expresamente en el Acto Legislativo; y siendo esto así, como efectivamente lo es, tal situación no se refleja en la redacción del artículo demandado. Así las cosas se solicita la inexequibilidad de esta norma.

### 1.3 INTERVENCIONES

Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio presentó intervención en el proceso de constitucionalidad, el día 13 de Enero de 2005.

De acuerdo con su intervención, en el nuevo sistema adversativo de enjuiciamiento penal, la restricción de los derechos fundamentales corresponde principalmente al juez, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política, entre las cuales se encuentra la facultad de capturar por parte de la Fiscalía en casos excepcionales en los que se estableció el control judicial posterior.

De conformidad con su intervención, la regla rectora desarrolla el máximo estatuto que “otorga la facultad de privar de la libertad sin orden judicial previa, por causas excepcionales, fundada en motivos serios y no caprichosos ante situaciones que no dan espera a recibir la autorización judicial que impida la labor constitucional y legal de luchar contra la criminalidad” (folio 551).

De la misma manera, indica que esta norma debe ser interpretada de manera conjunta con el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, que señala los requisitos para dicho proceder. La potestad consagrada tiene carácter reglado y se encuentra sometida al control judicial para efectos de determinar su validez constitucional y legal.

Ministerio del Interior y de Justicia.

El Ministerio del Interior y de Justicia intervino por medio de apoderado para defender la constitucionalidad del artículo 2 inciso 3º de la Ley 906 de 2004.

En primer lugar, señala que el Acto Legislativo 03 de 2002 que reformó varios artículos de la Constitución Política permite que de manera excepcional, la Fiscalía pueda realizar capturas

las cuales deberán contar con el control posterior del juez de garantías. El interviniente considera que el legislador desarrolló la norma constitucional de acuerdo con los parámetros establecidos por el constituyente derivado observando los principios y postulados constitucionales que rigen el Estado Social de Derecho.

De la misma manera, indica que la voluntad legislativa se encuentra plasmada de forma clara en la disposición acusada y en los artículos contenidos en los Capítulos I y II Título IV del Libro II del nuevo código de procedimiento penal, que regulan la aplicación de la libertad, la finalidad de su restricción y lo relacionado con la captura. Especialmente, menciona el artículo 295 del Código Penal en donde se afirma la libertad como regla general y la privación de la misma como la excepción, el artículo 296 que enumera las causales para privar de la libertad a las personas, los artículos 297 y 298 que regulan los requisitos de la captura, así como los derechos del capturado y el artículo 300 sobre las capturas sin orden judicial.

En virtud de las normas anteriormente mencionadas, el apoderado del Ministerio concluye que el legislador estableció varios requisitos que permiten la procedencia de la captura e manera excepcional, dentro de los cuales se encuentran: delitos sobre los cuales procede la detención preventiva, conductas investigadas que sean de competencia del juez especializado del circuito, o que se trate de delitos investigables de oficio cuando se trate de conductas cuya pena mínima sea 4 años. Igualmente, sostiene que la existencia de motivos fundados para que se permita la captura busca velar por el valor de la justicia y proteger los derechos de los ciudadanos de injerencias arbitrarias.

Adicionalmente, señala que el lapso de 36 horas previsto para poner a disposición del juez a una persona capturada es acorde con la disposición constitucional del artículo 28 que faculta a las autoridades para detener a una persona en determinados eventos y con el cumplimiento de ciertas formalidades hasta por 36 horas.

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

En virtud de la designación realizada por el Procurador General de la Nación en Resolución No. 052 de febrero de 2005, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, presentó concepto No. 3736, el 4 de Abril del presente año. A juicio del Ministerio Público, la demanda contra el inciso final del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 no debe prosperar. Lo anterior con base en las siguientes consideraciones:

La norma demandada consagra un principio orientador de la interpretación de las restantes disposiciones legales. En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación puede ejercer la facultad excepcional de capturar, de acuerdo con los parámetros fijados en varios artículos de la Ley 906 de 2004, especialmente:

- a. El artículo 114, numeral 7, en donde se reconoce que es una atribución de la Fiscalía “ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.
- b. El artículo 119 ídem el cual precisa que “Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva” (folio 614).
- c. El artículo 300 el cual determina que la captura excepcional a la que se refiere el inciso final del artículo 250 numeral 1° de la Carta Política sólo es procedente cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1. Exclusivamente en los eventos en que proceda la detención preventiva, 2. Que en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, 3. Que no sea posible obtener inmediatamente orden judicial y 4. Que concurra al menos una de las siguientes causales: Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia, cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

Con fundamento en las normas enunciadas, la Procuraduría advierte que “el legislador sí estableció las reglas que desarrollan la disposición constitucional supuestamente vulnerada, y lo hizo atendiendo justamente a los condicionamientos que, como consecuencia de un análisis parcial y unidimensional, se adujeron por el demandante como omitidos” (folio 615).

#### 1.4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Competencia

2. Cosa Juzgada Constitucional respecto del Artículo 2 ( parcial ) Ley 906 de 2004.

La Corte Constata que mediante Sentencia C- 730 de 20051 se declaró la inexequibilidad de

las expresiones “En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, ” contenidas en el inciso final del artículo 2º de la ley 906 de 2004.

En consecuencia, siendo las mismas expresiones acusadas del art. 2º en la presente demanda, esta Corporación habrá de estarse a lo resuelto en la Sentencia C- 730 de 2005 , por el cargo analizado .

Lo anterior, por configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional , en los términos señalados por el artículo 243 de la Constitución Política.

#### NORMA ACUSADA

2. ARTÍCULO 4º IGUALDAD Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervenientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

#### 2.1 DEMANDA

Se señala de parte del demandante que “Se demanda el artículo 4º de la ley 906, porque por un erróneo entendimiento del contenido del artículo 13 constitucional en lugar de consagrar la igualdad procesal, se termina es por institucionalizar la desigualdad, de la misma manera que se distorsiona las funciones competenciales de las ramas del poder público.

En el artículo 13 constitucional , se consagran en el primer inciso tres tipos diferentes de igualdad a saber:

A ) Igualdad de todas las personas ante la ley;

B ) Igualdad de todas las personas respecto de la protección y trato que deben recibir de las autoridades y;

C ) Igualdad de todas las personas en el goce y disfrute de los derechos, libertades y oportunidades.-

La norma demandada ha debido ser redactada de conformidad con los parámetros políticos señalados en la Norma Superior que se comenta, pero como ya se anticipó por un mal entendimiento de la misma, se terminó redactando de conformidad con el contenido de los incisos 2º y 3º del artículo 13, razón por la cual finalmente en lugar de consagrarse la igualdad de los sujetos procesales se terminó institucionalizando la desigualdad de los mismos.-

El Constituyente sobre los parámetros políticos en que se concibió al Estado colombiano, como un Estado Social de Derecho, directriz estructural que aparece claramente configurado en el artículo 1º constitucional y desarrollado en el artículo 2º, en cuanto primero se hace la consagración como Estado Social de Derecho, para enseguida establecer que son fines esenciales del Estado promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, estableciendo como una de las obligaciones de los servidores públicos el de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.-

Consciente entonces el Constituyente de esta característica política del Estado colombiano, reconoce que la igualdad real y total de todos los habitantes es utópica, puesto que bien se sabe que por los más diversos factores biológicos, sociales, económicos, culturales y de toda naturaleza, desde el mismo momento del nacimiento surge la desigualdad o por los mismos factores, en el desarrollo de la vida se institucionaliza la desigualdad.-

Frente a tal realidad y con el propósito de tratar de alcanzar una mediana igualdad, reconociendo la desigualdad existente, y en cumplimiento de las funciones sociales del Estado dispone en el segundo inciso de la norma comentada que éste debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, imponiéndose a sí mismo la obligación de adoptar las medidas necesarias en favor de grupos discriminados o marginados.-

Y dentro de esa misma concepción, para efecto de poder cumplir con los deberes constitucionalmente impuestos, en el inciso tercero se acude a un nuevo desarrollo del

Estado Social al determinarse que éste debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, debiendo sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.-

De conformidad con lo anterior, ha de concluirse que mientras en el inciso primero se consagra la igualdad política integralmente, en los incisos siguientes, como una manifestación del Estado Social, se impone al Estado deberes sociales, para ayudar a los grupos más desprotegidos de la sociedad.

Es perfectamente claro que los deberes sociales son funciones políticas fundamentalmente de las ramas ejecutiva y legislativa, porque entre las funciones constitucionales que debe cumplir la rama judicial, no le corresponden deberes de naturaleza social.-

Es claro que dentro del proceso penal ningún funcionario judicial se encuentra obligado a proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta como erróneamente lo impone la norma que se demanda parcialmente.-

Si un indigente, un minusválido o un enfermo mental cometen una infracción a la ley penal, deben ser sometidos a proceso penal y dentro del mismo serán tratados de manera exactamente igual a cualquiera de los otros sujetos procesales; pero por dicha razón no podrían recibir del funcionario judicial un tratamiento preferencial, de la misma manera que no tendría justificación constitucional que tuvieran de parte de los funcionarios judiciales una protección especial.-

Si el procesado es un inimputable es claro que en el momento de dictarse sentencia se le deben imponer medidas de seguridad, en lugar de pena, pero esta diferencia respecto a la medida aplicable no surge de una forma de ayuda por parte del funcionario judicial, sino que por la enfermedad mental que padece el imputado antes de ser castigado debe ser tratado científicamente para tratar de que recobre la normalidad o deje de ser peligroso para la sociedad; pero es absolutamente diáfano que ese estado de inimputabilidad no lo hace merecedor en el transcurso del proceso a un tratamiento preferencial y de protección de parte de los servidores de la justicia.-

Pero si se trata de indigentes o minusválidos es claro que demostrada la responsabilidad deben ser necesariamente condenados a las penas previstas en la respectiva norma penal y de conformidad con el delito cometido, pero esa situación de indigencia o de minusvalidez no los hace acreedores a tratamientos preferenciales o a medidas de protección.-

En relación con los indigentes, en el momento de hacer la tasación de la pena, se les podría conceder en su favor la rebaja de pena prevista en el artículo 56 del Código penal, cuando la realización de la conducta punible haya sido consecuencia de: “..... la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad,.....”.-

Pero ésta última norma bajo ninguna circunstancia autorizaría a los funcionarios judiciales para que durante el transcurso del proceso pudieran recibir tratos preferenciales o de protección.-

Además que debe tenerse en cuenta que los funcionarios judiciales carecen del apoyo de fundamento normativo, y del poder político, económico o instrumental para poder cumplir con éste absurdo e inconstitucional deber que se les impone en la norma demandada; porque es absolutamente cristalino que dentro de las competencias legales de los servidores de la justicia, no se encuentra el cumplimiento de ningún deber social, porque como ya se dijo estos son deberes constitucionales que les incumben a las otras ramas del poder político.-

Si los jueces en cumplimiento de este deber legalmente impuesto dieran un trato preferencial y de protección a las personas económica, física o mentalmente desprotegidas es claro que se estaría consagrando la más perfecta desigualdad entre los sujetos procesales.-

Son éstas las razones que nos llevan a demandar la inconstitucionalidad del aparte demandado.”

## 2.2 INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia reseñó algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el principio de igualdad el cual “tiene carácter objetivo y no formal, se predica de la identidad de los iguales, y de la diferencia entre los desiguales y permite dar un tratamiento diferente a distintas personas cuando aquellas se encuentran en diversas situaciones de hecho” (folio 568).

De acuerdo con el interveniente, los funcionarios judiciales en su calidad de funcionarios pertenecientes a la Rama Judicial y en el ámbito de su competencia tienen la obligación constitucional y legal de promover las condiciones para que la igualdad sea real en los casos concretos; otorgar tratamiento igual a los intervenientes en el proceso que se encuentran en igual situación y diferente a quienes se hallen en situaciones fácticas diversas (folio 569).

De otro lado, expresa que los funcionarios judiciales deben actuar con sentido protecciónista cuando el interveniente en un proceso no posea recursos económicos para sufragar los servicios de un defensor de oficio evento en el cual debe tomar las medidas necesarias para designarle un apoderado de oficio o realizar las diligencias para que se le preste el servicio de defensoría pública (folio 570).

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

La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma demandada, artículo 4 inciso 1º de la Ley 906 de 2004.

El Ministerio Público estima que la interpretación del actor sobre el carácter social de las medidas de protección especial prescritas en el inciso demandado es errada toda vez que el deber de protección sobre este principio incluye también la administración de justicia. En este orden de ideas, la Procuraduría considera que “El inciso final del artículo 13 constitucional vincula a todos quienes conforman la organización estatal (...) este precepto de conformidad con el artículo 2º constitucional implica tanto la prohibición de trato discriminatorio a este grupo poblacional, como la realización de acciones positivas de modo que los factores que determinen su situación de debilidad sean menguados y así se establezcan verdaderas condiciones de igualdad sustancial con quienes afortunadamente no están afectados por las mismas circunstancias” (folio 616).

En segundo lugar, la representante del Ministerio Público menciona que la igualdad material,

que supone tratamiento diverso a situaciones distintas e igual trato entre pares, permite establecer un trato diferente como el que menciona la norma atacada. Dentro de este contexto, precisó que la disposición demandada le impone al operador judicial el deber de adelantar acciones positivas a favor de quienes se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta es decir, conferir un “trato diferente más no discriminatorio a esta clase de intervenientes en la actuación penal” (folio 616).

En tercer lugar, considera que debe tenerse en cuenta la Observación General N° 18, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la cual ha afirmado que una diferenciación de trato basada en criterios razonables y objetivos -como lo son las circunstancias de debilidad manifiesta-, no constituye una discriminación.

Finalmente, afirma que el principio rector consagrado en esta normatividad logra materializarse en la “defensa pública para el imputado que carece de recursos económicos para realizar su defensa, así como la asistencia jurídica gratuita a las víctimas que se encuentran en similares circunstancias, o la sustitución de la detención preventiva para quienes por su condición física se encuentran en imposibilidad de soportar la privación de la libertad” (folio 617).

## 2.3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Problema Jurídico

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si proteger especialmente a las personas que por su condición económica , física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta , es una discriminación que atente contra el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 Constitucional.

Así las cosas, se analizará de una parte el contenido normativo del Artículo 13 Constitucional para en una segunda parte analizar si la discriminación propuesta por la norma demandada vulnera dicho precepto constitucional.

De un lado, es necesario transcribir el contenido del artículo 13 Constitucional:

“

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Así las cosas, es indispensable reafirmar la variada jurisprudencia de esta Corporación donde se ha interpretado el contenido normativo del derecho a la igualdad Constitucional. En consecuencia, se ha señalado que el derecho a la igualdad debe ser interpretado como una igualdad entre iguales y una desigualdad entre desiguales.

En consecuencia, el inciso final del artículo Constitucional señalado lo que hace expresamente es crear una desigualdad entre aquel grupo de personas que están en situación de desigualdad respecto del resto. Esto es, aquellas personas que por su situación económica, física o mental , se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta respecto del resto.

Por consiguiente, es con relación a este tipo de personas que el Estado Colombiano efectúa una protección especial precisamente para establecerlos en una situación de igualdad con el resto de personas que no se encuentran en las mismas circunstancias.

En este orden de ideas, dicha protección especial es el verdadero resultado del derecho a la igualdad material y no simplemente la constatación de una igualdad formal, cambio sustancial en el Estado Social de Derecho.

De otro lado, debe la Corte analizar si la protección propuesta por la norma demandada, en punto de proteger especialmente a las personas que por su condición económica , física o mental , se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta atenta contra el derecho a la igualdad.

Evidencia esta Corporación , que existe una incorrecta interpretación del postulado Constitucional por parte del demandante. Efectivamente, la norma demandada no es más que el desarrollo de la norma Constitucional, hasta el punto que su transcripción es casi similar.

Pues bien, es ajustado a la Constitución que los servidores judiciales realicen actividades tendientes a proteger especialmente a aquellas personas que se encuentren en las circunstancias ya expresadas tal como se advierte en varios artículos de la misma ley 906 de 2004 , que desarrollan dicha protección especial, en circunstancias como:

- \* Defensa pública para aquel procesado que carezca de recursos para realizar su defensa.
- \* Asistencia jurídica gratuita a las víctimas que igualmente carezcan de recursos.
- \* Sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, cuando el procesado sea mayor de 65 años, cuando a la procesada le falten dos meses o menos para el parto, cuando el procesado estuviere en estado grave de enfermedad, cuando el procesado sea madre o padre cabeza de familia.

En conclusión , estos ejemplos denotan la importancia de hacer valedera a la luz de la Constitución la desigualdad señalada en la ley en aras de proteger especialmente a estas personas que se encuentran en situaciones especiales que ponen de manifiesta su debilidad. Así las cosas, no resta a esta Corte que declarar ajustada al Art. 13 de la Constitución Política la expresión “y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” contenida en el artículo 4º de la ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

#### NORMA ACUSADA

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

( ... )

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

### 3.1 DEMANDA

#### A. Inciso Primero

Indica el demandante, en relación con el inciso primero, que “El texto constitucional en su artículo 29 estableció el derecho a la defensa material y técnica sin limitaciones temporales de ninguna naturaleza y por si fuera poco, esa Corporación en decisión de 22 de abril de 1993, siendo ponente el H. M. Fabio Morón Díaz entendió que este constitucional derecho debía de ser consagrado durante la investigación previa o preliminar

“El término “sindicado” debe entenderse como que en él también están incluidos “imputados”, “procesados” y aún “condenados”, pues en toda la actuación procesal -previa, instrucción, juzgamiento y ejecución de la pena-, como garantía mínima debe prevalecer la asistencia del defensor en desarrollo del debido proceso. Estos términos son además de creación legal, mientras que la Constitución Política se refiere a toda persona durante toda actuación judicial de naturaleza penal.”

En las circunstancias precedentes ha de entenderse que cuando el Constituyente consagra el derecho a la defensa material y técnica en el artículo 29, la misma se encuentra garantizada en la etapa pre-procesal, en las dos etapas del proceso, instrucción y juzgamiento, y en la etapa de ejecución de la pena.-

Si ese es el entendimiento que ha de darse a la norma y a la expresión constitucional relacionada con el derecho a la defensa, ha de concluirse que el Constituyente no quiso establecer límites temporales al ejercicio de la defensa y si ello es así, es obvio que una norma subalterna, como es la ley aprobatoria del nuevo código procesal penal, no puede establecer limitaciones que no están contenidas en la Carta Política.-

La expresión que estimamos contraria a la Carta, es la contenida en el artículo 8º de la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expidió el nuevo código procesal, porque al consagrarse el derecho a la defensa como norma rectora se establece que ese derecho solo se adquiere una vez se obtenga la calidad de imputado.-

Como se puede observar el derecho a la defensa solo se adquirirá mucho tiempo después de haber ocurrido los hechos que son motivo de investigación, cuando el ciudadano sea capturado o se realice la audiencia donde se le formule la imputación, pero en ese momento solo se viene a adquirir un remedio de defensa, porque no entendemos como puede la defensa "...preparar de modo eficaz la actuación procesal ", sin que surja el correlativo derecho de defensa.-

De conformidad con las previsiones legislativas comentadas, luego de ocurridos los hechos supuestamente delictivos que originan la investigación penal, la Fiscalía es dueña y soberana de la misma, puesto que puede comenzar a hacer sus pesquisas, sin tener contraparte de ninguna naturaleza y tal situación la puede prolongar por el tiempo que quiera, puesto que le bastará demorar la orden de captura o simplemente no convocar a la audiencia para la formulación de la imputación y mientras ello no suceda el ser humano involucrado en la investigación carecerá de las más elementales manifestaciones para ejercer el derecho constitucional que estimamos se infringe con la norma demandada, puesto que mientras no se den tales presupuestos no adquiere la calidad de imputado, supuestamente para tener derecho a una defensa restringida.-

El ciudadano se defiende de la imputación formulada, probando sus afirmaciones defensivas y controvirtiendo probatoriamente las imputaciones que le formule el Estado o los otros sujetos procesales. Es tan íntima la unión de las dos garantías que se analizan, que se puede afirmar que la defensa como derecho constitucional se convierte en un principio puramente retórico si no se contara con el derecho de probar y el de controvertir."

#### B. literal ( b )

Señala el demandante : Si se recuerda el artículo 33 de la Carta, al consagrarse el derecho a la no incriminación además del sindicado o declarante, lo hace extensivo únicamente al cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad O PRIMERO CIVIL.

Al eliminarse el vocablo " primero " es claro que la garantía de no autoincriminación se está haciendo extensiva a todos los miembros del parentesco civil, con detrimento en un momento determinado de la Administración de Justicia, porque personas que no están amparadas por la garantía constitucional lo vendrían a estar como consecuencia de la

ampliación del derecho, por una errónea concepción de la norma.-

La contravención de la Carta es evidente, de allí nuestra petición para que sea declarada su inexequibilidad.-

### 3.2 INTERVENCIONES

Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General explica que en el nuevo sistema procesal penal no se presenta la antigua división entre investigación previa e instrucción o investigación propiamente dicha toda vez que la causa probable es el mecanismo que activa la acción penal del Estado. Por consiguiente, el contradictorio únicamente se traba cuando se cuenta con suficientes elementos probatorios que permitan inferir la autoría o participación en una conducta punible. En consecuencia, el ente acusador puede realizar los cometidos de su competencia constitucional y legal dentro del plazo de prescripción del respectivo delito.

De otra parte, explicó que el artículo 267 del código de procedimiento penal señala las facultades de quien no es imputado e igualmente, que la imputación sí significa el comienzo del proceso, el cual culmina con la audiencia pública de juzgamiento oral en donde se ventila el acervo probatorio, cuyo fin es el esclarecimiento de los hechos.

En tercer lugar, con base en los numerales 3 y 4 del artículo 250 de la Constitución, manifiesta que la Fiscalía, antes de formular la acusación no practica ni recauda pruebas y que sólo puede considerarse como prueba aquella que se practica en el juicio público y oral. Por esta razón, “no puede pretenderse que antes de esa fase exista controversia probatoria” (folio 552).

En relación con el literal b del artículo 8 que regula el principio de no autoincriminación, el interviniente recuerda la sentencia de la Corte Constitucional C-1287 de 2001 en la cual se “extendió el campo de protección a la garantía de la no autoincriminación al parentesco por adopción en las mismas condiciones previstas para la familia por consanguinidad (cuarto grado)” (folio 552).

Ministerio del Interior y de Justicia.

En relación con los cargos formulados, el interveniente considera que la norma debe interpretarse a la luz de la sentencia C-1287 de 2001 de la Corte Constitucional en la cual, esta corporación precisó el sentido y alcance de las normas constitucionales que comprometen la aplicación del principio de no autoincriminación. Por este motivo, solicita a la Corte declarar que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y por lo tanto, es necesario atenerse a lo dispuesto en la sentencia citada.

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

La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del inciso 1º del artículo 8 de la Ley 906 de 2004. Su petición se encuentra fundamentada en las siguientes razones:

1. “El artículo 29 de la Constitución Política, (...) establece que debe garantizarse al sindicado, es decir, a quien ha sido vinculado al proceso mediante formulación de imputación o declaratoria de persona ausente, el ejercicio pleno de su defensa y la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, desde que el fiscal ejerce en nombre del Estado la acción penal y da paso con la formulación de la imputación a la investigación y al juzgamiento”. (folios 618 y 619)
2. La garantía sobre el artículo 29 no debe anticiparse en las mismas condiciones e iguales prerrogativas a las diligencias previas toda vez que la labor investigativa que realiza el Fiscal en esta etapa tiene como objetivo individualizar al posible sujeto activo de la conducta punible. “Por tanto, en la medida en que tal individualización no se logre, no existe obligación alguna del Estado, en cabeza del fiscal, de reconocer derechos y permitir la intervención de la defensa en su investigación previa al proceso” (folio 619).
3. “La condición precaria de sospecha tampoco impone que en garantía del derecho a la defensa de aquel que todavía no es parte en el proceso, se le comunique su condición de sospechoso (no procesado ni imputado) dentro de la investigación y le sean reconocidos los derechos consagrados a favor del imputado en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004” (folios 619 y 620).
4. “Toda vez que no existe un recaudo probatorio que pueda ser llevado al juicio, resulta inconsecuente garantizar el ejercicio de la defensa frente a la prueba mediante la

contradicción, la controversia desde el momento mismo de su práctica, o la solicitud o la presentación de otras pruebas antes de darse inicio al proceso" (folio 620).

5. "El indiciado (...) no está expuesto en todos los eventos a decisiones judiciales que afecten sus derechos, de allí que los artículos 119 inciso 2° y 267 ejusdem establezcan, en coherencia con las disposiciones que regulan las actuaciones que puede adelantar la Fiscalía y las autoridades de Policía judicial bajo la dirección de aquella, que en algunos eventos señalados en la misma ley (por ejemplo en el recaudo de prueba anticipada), el funcionario investigador informará a quien no es imputado del derecho que le asiste a designar un defensor" (folio 621).

6. "Las garantías señaladas en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 tienen aplicación una vez iniciado el proceso penal, pues: i) no hay recaudo probatorio por tanto el no imputado no podrá ser escuchado en declaración, en donde deba garantizarse el derecho del artículo 33 constitucional y pueda renunciar al mismo; ii) como aún no hay proceso ni partes, tampoco existen preacuerdos a los cuales aplicar la garantía señalada en el ordinal d); iii) por la misma razón tampoco puede afirmarse que el indiciado, sin que curse un proceso tenga derecho a un juicio oral, público, contradictorio, imparcial y además la facultad de renunciar a él (ordinales k y l); iv) En cuanto no es escuchado por las autoridades, pues aún no se le han formulado una imputación, naturalmente el indiciado no necesita un traductor o intérprete para que pueda comunicarse con los funcionarios judiciales y hacer peticiones" (folios 621 y 622).

7. El reconocimiento expreso que en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 se hace de determinadas garantías procesales al imputado, no desconoce aquellas facultades que antes de la formulación de la imputación o la captura razonablemente pueden ser ejercidas por quien es apenas indiciado, sospechoso, y al que aún no se le ha atribuido de manera concreta y clara una conducta que revista las características de delito.

Sobre estas garantías, el Ministerio Público cita el artículo 119, inciso final (derecho a designar un defensor desde el momento que sea informado o advierta de la investigación preliminar que realiza la Fiscalía) y 267 realizar entrevistas en busca de información útil, y a recaudar directamente o a través de su defensor elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares o de policía judicial.

Asimismo, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional desestimar el cargo formulado contra el literal b del artículo 8 que consagra el derecho a no incriminar a parientes dentro del cuarto grado civil.

Sobre esta disposición legal, la Procuraduría estimó que la disposición representa una concreción del derecho a la igualdad reconocida entre los hijos naturales, legítimos y adoptivos, por cuanto permite proteger el vínculo familiar que existe entre el adoptado y la familia del adoptante o adoptantes, de la misma manera que se ha protegido el parentesco sanguíneo.

De la misma forma, estima que la norma permite “fortalecer la unidad familiar, salvaguardar y promover la fraternidad, solidaridad y lealtad entre los integrantes del grupo familiar al cual se une el hijo adoptivo, es decir, entre éste y los consanguíneos del adoptante o adoptantes (artículo 279 Código Civil, artículo 100 del Código de Menor)” (Folio 625).

Igualmente, subraya que la excepción al deber de declarar establecida sobre los parientes en el cuarto grado de consanguinidad es acorde con la Constitución Política, tal como lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-1287 de 2001, en donde concluyó que la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución, debía extenderse a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado.

### 3.3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Problema Jurídico

Corresponde a esta Corte establecer , en primer lugar , si existe violación al derecho de defensa cuando la norma acusada determina que este derecho se podrá ejercer desde el momento en el cual se adquiera la condición de imputado; para en una segunda parte , analizar si el hecho de que la causal b) del artículo 8 de la ley 906 de 2004 , ampare la no incriminación hasta el cuarto grado civil es violatoria del artículo 33 Constitucional.

##### a. Artículo 8º inciso primero.

Para poder establecer sí el ejercicio del derecho de defensa desde que se adquiere la condición de imputado es violatorio de la Constitución, debe analizarse primeramente el derecho de defensa, aunado con la jurisprudencia de ésta Corporación, para finalmente

estudiar específicamente la norma demandada a la luz de los argumentos expuestos.

Primeramente, debe decirse que el derecho de defensa garantiza que se concurra al proceso , que se haga parte en el mismo, que se ejecute una defensa y se presenten pruebas y alegaciones.

Por consiguiente, el derecho de defensa es una de las tantas garantías que “ constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico ”

Es decir, el derecho de defensa es de aplicación general y universal. Al respecto a dicho esta Corporación :

“ La concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella ” 2

Así entonces, debe tenerse en claro que el derecho de defensa, como base fundamental del Estado de derecho , ha adquirido una connotación general para todo el ordenamiento jurídico el cual debe verse constantemente influenciado por su presencia so pena de atentar contra el valor de justicia determinado por el Estado Colombiano.

Ante tal constatación , corresponde a esta Corporación estudiar si el ejercicio de este derecho tiene algún límite temporal o por el contrario si el ejercicio de este derecho implica un límite a este respecto.

Pues bien, evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa. Como se ha dicho , el derecho de defensa es general y universal , y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso.

Pues bien, respecto a investigaciones penales , esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto. Entre dichos fallos encontramos:

“

Durante la investigación previa el interés dominante corresponde a la función investigativa del Estado. El adentrarse en el proceso propiamente dicho impone la idea de equilibrio entre la función investigativa y punitiva del Estado (autoridad) – trasunto de su deber de administrar justicia – y los derechos y garantías del sindicado (libertad). La persona simplemente investigada en la fase preliminar, pronto puede tornarse en sospechosa, convertirse durante la instrucción en sindicada, inmediatamente después en acusada y finalmente terminar condenada.

Las metamorfosis sucesivas que se operan en el status penal de la persona no pueden producirse sin que progresivamente se la dote de las necesarias garantías, que naturalmente llegan a su plenitud durante la investigación y el juzgamiento. Dado que el status virtual de la persona depende de las pruebas de autoría y responsabilidad que el Estado acumule en su contra, la prolongación de la investigación previa – en la que el interés dominante es el del Estado – debe analizarse con detenimiento a fin de establecer si la misma en un momento dado deja de ser compatible con el nivel de garantía que debe asegurarse al imputado. De otro lado, la prolongación de la investigación previa – como además es de rigor frente a cada etapa del proceso – debe juzgarse desde una perspectiva de eficiencia del Estado en el ejercicio de la acción penal.

( ... )

#### Aspectos conflictivos que emergen de la investigación previa

11. Sin embargo, una situación diferente se presenta cuando el imputado no se encuentra privado de la libertad pero la Fiscalía le ha recibido versión preliminar. En estas condiciones el imputado se impone de la investigación que se le adelanta y, en cierta medida, puede participar en la presentación y discusión de las pruebas que se alleguen en su contra (C de P.P. art. 321). Sobre este particular, esta Corte ha señalado lo siguiente:

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

aplicarse en dicha etapa.

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

(...)

Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando”<sup>1</sup>.

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

Si bien la formalización del conflicto Estado-sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le

brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

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

Patente la conflictividad Estado-imputado, la prolongación indefinida en el tiempo de la etapa previa, de manera cada vez más acusada la exacerba, subvierte la enunciada conexidad de unos medios ideados para establecer los presupuestos mínimos de la acción penal y no para investigar el delito en sí mismo, y termina por generar un creciente desequilibrio entre el Estado y el imputado, que para defenderse adecuadamente requeriría de todo el repertorio garantístico del proceso y al cual sólo puede acceder cuando se le ponga término a dicha investigación previa.

( ...)

En esta hipótesis el desequilibrio Estado-investigado es manifiesta. La utilización de los medios que tiene el Estado en la etapa de la investigación previa se han ejercido con el único objetivo de potenciar al máximo su función investigativa y punitiva, más allá de la simple averiguación de los presupuestos mínimos de la acción penal, excluyendo y nulificando en la práctica toda posibilidad de contrapeso efectivo por parte del investigado, en este caso colocado ad portas de parte sindicada expuesta a una ardua y desigual defensa.

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

13. Dada la regulación legal de la investigación previa en el Código de Procedimiento Penal, se ha demostrado que en la etapa de la investigación previa surgen conflictos en la relación Estado-imputado y Estado-investigado, que por su naturaleza e intensidad y, además por la necesidad de observar un adecuado equilibrio en las indicadas relaciones, no deberían ser objeto de dicha etapa ni materia sobre la cual obren libremente los medios de que dispone el Estado en aquélla. Se impone, por lo tanto, la consagración de un preciso límite cronológico - el más breve posible atendidas las circunstancias - a la investigación previa que sea razonable y proporcionado a su finalidad institucional que ha de circunscribirse a la verificación de los presupuestos objetivos mínimos y necesarios para el ejercicio de la acción penal. “4

De lo anterior se puede concluir:

- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.
- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada , a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.
- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá , es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa , pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse.
- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.
- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra , tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal , es

potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

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

Finalmente, resta a esta Corte confrontar la disposición acusada con base en los planteamientos Constitucionales esbozados.

Interpretaciones de la norma demandada.

En este orden de ideas, constata esta Corporación que del enunciado de la norma bajo análisis , es decir “ Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal... ” se pueden desprender dos diferentes interpretaciones del texto en estudio:

Una primera, según la cual exclusivamente se puede ejercer el derecho de defensa desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado. Es decir, el término “ ... una vez adquirida ...” denotaría una posición y por consiguiente una interpretación excluyente de las restantes condiciones a las cuales se ve sometida una persona antes de la imputación. En consecuencia, y otorgándole una interpretación radical al término “... una vez adquirida ...” se podría entender que el derecho de defensa únicamente puede ejercerse desde que se adquiera la condición de imputado y no antes.

Una segunda interpretación, según la cual el término “ ... una vez adquirida ... ” expresa la adquisición de una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal , pero en momento alguno excluye a las restantes . En este orden de ideas, esta interpretación sería incluyente, respecto de condiciones anteriores a la imputación, lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la condición de imputado.

Así las cosas, corresponde a esta Corte establecer ¿ Sí circunstancias anteriores a la condición de imputado , requieren del ejercicio del derecho de defensa ?

Para lo anterior, se expondrán algunas hipótesis en las cuales se activa el derecho de defensa antes de adquirirse la condición de imputado.

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

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

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

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

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

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

Segunda: En el instante mismo de un accidente de tránsito y ante la evidencia de un posible homicidio culposo ; la persona sobre la recae la supuesta responsabilidad debe poder ejercer

su derecho de defensa , con el propósito de demostrar que, por ejemplo, su vehículo estaba en otro carril, el croquis no responde a la realidad de los hechos, solicitar testimonios de personas que afirmen su dicho, entre otras. Hechos estos posibles de aclarar con la activación del derecho de defensa y no necesariamente ostentando la condición de imputado.

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

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

La activación del derecho de defensa en un capturado trae consigo un conjunto de derechos y prerrogativas en quien recae dicho acto , precisamente porque se está violentando el derecho a la libertad personal, esencial en un estado de Derecho. Entre este conjunto de derechos encontramos entre otros:

\* El derecho a conocer la razón por la cual se realiza la captura. Así mismo, a entender la razón a través de un interprete si le es imposible hacerlo por los órganos de los sentidos o hacerlo oralmente.

\* El derecho a cuestionar la propia privación de la libertad.

\* El derecho a ser conducido ante un juez en el término de treinta seis horas que estipula la Constitución.

\* El derecho de no autoincriminación.

\* El derecho a ser representado por un abogado de confianza.

- \* El derecho a comunicarse efectivamente con su abogado.
- \* El derecho a que se le nombre un abogado de oficio si la persona capturada no cuenta con recursos para costearse uno propio.
- \* El derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa.

#### Interpretación Sistemática de la Ley 906 de 2004

Ahora bien, el mismo Código de Procedimiento Penal – ley 906 de 2004 – establece la posibilidad de activar el derecho de defensa y varios de los derechos que lo componen , en cabeza de una persona y antes de que esta adquiera la condición de imputado. Al respecto se puede observar el artículo 282 :

“Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.”

De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa , en cabeza de una persona que aún no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado , entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.

Así pues, fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado , sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal , que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado .

## Interpretación del Artículo 8 ( parcial ) de la ley 906 de 2004 ajustada a la Constitución. Exequibilidad Condicionada

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

De esta manera entonces, la Corte Constitucional debe determinar cual de las dos interpretaciones expuestas provenientes de la disposición acusada es ajustada a la Constitución, con el propósito de que una interpretación inconstitucional no informe e irradie las restantes disposiciones jurídicas del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente , y con base en lo expuesto con anterioridad , se extracta que existen dos interpretaciones susceptibles de tener en cuenta en relación con la norma demandada:

La interpretación excluyente, la cual permitiría entender que únicamente puede ejercerse el derecho de defensa desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado , desechando las restantes condiciones en las cuales se encuentre una persona antes de obtener dicha condición.

Esta interpretación , por ser violatoria de la Constitución , específicamente del derecho de defensa , es inconstitucional.

Sin embargo, la interpretación incluyente, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal , pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional.

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un

presunto implicado en los hechos . Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004 , si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado , sería violatorio del derecho de defensa.

Por tal motivo, esta Corporación condicionará la exequibilidad de la expresión acusada sin perjuicio del ejercicio oportuno , dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación.

b. Literal b) artículo 8 de la ley 906 de 2004

Corresponde a la Corte Constitucional establecer si la extensión del derecho de no incriminar hasta el cuarto grado civil es violatorio del artículo 33 Constitucional.

El artículo 33 de la Constitución Política determina:

“

ARTICULO 33. Nadie podrá 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”

Para poder entender la confrontación entre la especificidad del artículo Constitucional y la extensión de la norma acusada es indispensable traer a colación jurisprudencia de esta Corporación sobre la textura abierta de los derechos constitucionales. Tenemos así:

“

En efecto, el tenor literal de la ley no puede enfrentar con éxito las exigencias derivadas de una aplicación del derecho conforme a la Constitución, porque las normas de la Carta son de textura abierta; ellas buscan dar espacio a múltiples concepciones de la vida y la sociedad.”<sup>5</sup>

Pues bien, los parámetros establecidos en la Constitución son mínimos que el ordenamiento jurídico y los órganos estatales deben respetar. En consecuencia, si una ley extiende dichas

garantías mínimas , en aras de la discrecionalidad con que cuenta el poder legislativo y dicha extensión es ajustada a la Constitución ; la protección del derecho resguardado es mayor. Por consiguiente, el reforzamiento de una garantía constitucional por parte de la ley estaría ajustada a la Constitución.

En otras palabras, teniendo las normas que establecen derechos fundamentales una “textura abierta ” es posible que la garantía establecida en ella sea ampliada por una ley , lo anterior como resultado de la discrecionalidad con que cuenta el poder legislativo fruto del principio democrático.

Así las cosas, tenemos que el artículo 33 Constitucional establece una garantía consistente en que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o contra cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad , segundo de afinidad o primero civil.

De esta manera, la Constitución ha determinado el derecho de no incriminación con relación a aquellas personas que se encuentren primer grado de parentesco civil.

No obstante, el literal b ) del artículo 8° de la mencionada ley, ha establecido esta protección en cabeza de otras personas diferentes a las mencionadas en el artículo constitucional, a saber: los compañeros permanentes y parientes en cuarto grado civil.

El demandante acusa de inconstitucional la norma, por cuanto específicamente en lo relacionado con el parentesco civil, se extiende hasta el cuarto grado no obstante que el artículo Constitucional lo circumscribe al primero.

Sin embargo, para esta Corporación dicha extensión es mucho más garantista. En otras palabras, la posibilidad de que una persona no esté obligada a declarar contra parientes en el cuarto grado civil es una amplificación de la garantía constitucional, que en manera alguna vulnera la Constitución sino que por el Contrario es un perfecto desarrollo de ella. Además , dicha ampliación permite situar en condiciones de igualdad a los hijos no solo matrimoniales y naturales sino igualmente a los hijos adoptivos como lo estableció la Sentencia C- 1287 de 2001.

Por consiguiente, la expresión “ o civil ” contenida en el literal b) del artículo 8° de la ley 906

de 2004 será declarada exequible por esta Corte, por el cargo analizado

## NORMA ACUSADA

4. ARTICULO 20 DOBLE INSTANCIA. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único

### 4.1 DEMANDA

Respecto del presente artículo, manifestó el demandante que “

“

El articulo 31 de la Carta Política, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, pero única y exclusivamente en relación con las sentencias, cuando de manera muy clara establece:

**EL SUPERIOR NO PODRÁ AGRAVAR LA PENA IMPUESTA CUANDO EL CONDENADO SEA APELANTE ÚNICO.-**

La modificación que se pretende introducir al texto constitucional es evidente, porque cuando el texto de la Carta alude a que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, está delimitando la aplicación de éste principio única y exclusivamente a la sentencia; mientras que en la norma legal demandada al determinarse que el superior no podrá agravar la situación del apelante único, extiende el principio a toda clase de decisiones, incluidas los autos interlocutorios, introduciéndose de tal manera una inconstitucional reforma a la Carta Política.-

En las circunstancias precedentes, de manera comedida se solicita la declaratoria de contrariedad de la norma demandada con la Constitución.-“

### 4.2 INTERVENCIONES

Fiscalía General de la Nación.

En el concepto remitido a esta corporación, el Fiscal General señala que la acusación del demandante resulta improcedente toda vez que la expresión de apelante único comprende solamente la categoría de condenados o sus defensores cuando han impugnado la sentencia de condena, de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Política. En este sentido, la Fiscalía cita el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, el cual estipula como principio de no agravación que cuando se trate de una persona condenada, no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieran demandado.

Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio solicita declarar la constitucionalidad de la norma cuestionada y expresa que al contrario de lo que señala el demandante, la norma demandada permite ampliar el ámbito de aplicación del principio de no reformatio in pejus “haciéndola posible aún para los autos interlocutorios en los que se decida la libertad del procesado” (folio 573), en el mismo sentido, expresó que la norma dentro del nuevo sistema de enjuiciamiento se constituye en una herramienta básica para garantizar los derechos fundamentales que se derivan de la condición de procesado en el proceso penal.

De otro lado, señala que el Congreso de la República tiene la facultad de regular todo lo concerniente a los procesos judiciales, que comprende el señalar las formas propias de cada enjuiciamiento, los recursos que proceden frente a la impugnación de las providencias judiciales; los efectos y alcances de los mismos entre otros aspectos.

En tercer lugar, indicó que el principio busca permitir al juez de garantías ejercer un mayor control de las actividades desplegadas por la Fiscalía y la Policía Judicial.

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

La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales solicitó a la Corte Constitucional declarar conforme a la Constitución el artículo 20 inciso 2º con base en los siguientes motivos:

a. La prohibición de reformatio in pejus constitucionalmente se reconoce respecto de las sentencias, pero nada impide que tal garantía se extienda a otras decisiones en el proceso

penal.

b. El legislador tiene la potestad de regular los principios constitucionales, de acuerdo con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Por consiguiente, el legislador tenía la facultad de “extender la garantía constitucional a situaciones o eventos distintos al expresamente señalado en la norma superior” (folio 628).

c. De otro lado, invoca la sentencia C-055 de 1993 según la cual “el reconocimiento expreso de este derecho frente a las sentencias que imponen una pena no puede entenderse como una limitación o prohibición de reconocer la misma garantía cuando el recurso de apelación se interpone contra otra clase de decisiones judiciales como los autos interlocutorios” (folio 628).

d. La Constitución consagra la garantía de no reformatio in pejus como un derecho del condenado respecto de la pena impuesta para que ésta no sea agravada cuando él es apelante único, más no prohíbe reconocerla respecto de otros impugnantes únicos y frente a otras decisiones judiciales distintas a la sentencia, que es lo que hace el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, ahora cuestionado” (folio 629).

#### 4. 3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Cosa Juzgada Constitucional respecto del inciso final del Artículo 20 de Ley 906 de 2004.

Para esta Corporación , es diáfano que no puede ser alterado el principio de non reformatio in pejus so pretexto de salvaguardar el principio de legalidad. Así las cosas, en momento alguno el principio de non reformatio in pejus debe ceder o claudicar con el propósito de hacer valer el principio de legalidad.

En efecto, el principio de non reformatio in pejus es un derecho fundamental que estructura el propio Estado de derecho, por consiguiente es anterior a él , así las cosas el principio de legalidad , producto del surgimiento y existencia del Estado de Derecho , no puede supeditar el ejercicio de un derecho fundamental previo y preexistente al propio Estado.

Por otra parte, la Corte constata que mediante Sentencia C- 591 de 20056 se declaró la exequibilidad de la expresión “ El superior no podrá agravar la situación del apelante único ” contenida en el inciso final del artículo 20 de la ley 906 de 2004.

En consecuencia, siendo las mismas expresiones acusadas del art. 20 en la presente demanda, esta Corporación habrá de estarse a lo resuelto en la Sentencia C- 591 de 2005 , por el cargo analizado.

Lo anterior, por configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional , en los términos señalados por el artículo 243 de la Constitución Política.

#### NORMA ACUSADA

5. ARTÍCULO 192 PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

( ... )

5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero.

6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones.

#### 5.1 DEMANDA

Por último, el demandante señala que Igualmente se afecta la integridad del Bloque de Constitucionalidad y de manera concreta el numeral 4º del artículo 8º de la Convención Americana de derechos Humanos, en cuanto dispone que la persona absuelta por sentencia ejecutoriada no podrá ser nuevamente sometida a un nuevo juicio.-

El Pacto Universal de Derechos Humanos establece en el numeral 7º del artículo 14º lo siguiente:

7.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

La Convención Americana por su parte en el numeral 4º del artículo 8º dispone en relación con el mismo tema:

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

Creemos que el doble juzgamiento que se origina cuando prospera la acción de revisión, aparece en franca contradicción con las normas citadas que integran el Bloque de Constitucionalidad, porque no existe la más mínima duda que como consecuencia de la prosperidad de la acción de revisión, queda sin efecto la sentencia primeramente dictada y el proceso regresa al juez de primera instancia, diferente de aquel que dictara la sentencia original, para que reinicie toda la etapa de juzgamiento, el cual finalizado debe concluir con una nueva sentencia, y si se tiene en cuenta que el primer y fundamental requisito de la acción de revisión es que exista sentencia ejecutoriada, no puede dudarse que la segunda sentencia que se dicta como consecuencia de la prosperidad de la acción produce consecuencia de un nuevo juicio, evento procesal que está expresamente prohibido por las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad como se ha dejado expuesto y demostrado.-

Creemos que con fundamento en el artículo 94 de la Constitución que determina que los derechos allí establecidos no son taxativos, sino meramente enunciativos, lo que indica que además de los allí consignados se pueden aceptar todos los restantes que sean inherentes a la persona humana, es perfectamente posible aceptar la constitucionalidad de la revisión, pero única y exclusivamente para sentencias condenatorias.-

La razón de la propuesta diferencial resulta obvia, porque tratando de una persona condenada, con la revisión surge una posibilidad de absolución en un nuevo juicio y esto se constituye en una nueva garantía, que ingresa como derecho fundamental por la vía del artículo 94.-

Además tiene pleno respaldo en el numeral 4º del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque recuérdese que en esta normatividad la prohibición de nuevo juicio es única y exclusivamente para quienes hubieren sido absueltos por sentencia firme.-

No sucede así, ni puede ocurrir con las sentencias absolutorias, así hubieran sido obtenidas mediante procedimientos ilícitos, porque es obvio que el nuevo juicio, puede desembocar en una nueva sentencia, pero de carácter condenatorio.-

Podría contraargumentarse que lo que se obtiene por vía delictiva no puede adquirir la fuerza de la cosa juzgada, o que lo que se obtiene por vías ilegales no puede obtener la corroboración del Estado y del Derecho; y en principio ello podría ser así, pero si se tiene en cuenta que la Normatividad Superior consagra una norma de carácter absoluto, que no da lugar a excepciones de ninguna naturaleza, es obvio concluir, que donde la Norma Superior no distingue, no puede distinguir la norma subalterna, o que ésta no puede crear excepciones que no están previstas en aquella.-

En las condiciones precedentes las normas sobre la revisión que posibilitan un nuevo juzgamiento de los absueltos, serían contrarias al bloque de Constitucionalidad que se analiza. Efectivamente en el artículo 192 se consagran varias hipótesis, en los numerales 5 y 6 que permitirían al absuelto ser sometido a un nuevo juzgamiento pese a la existencia de un fallo firme en su favor.

Como se puede observar en los numerales 5 y 6 se prevé la posibilidad de revisión de las sentencias condenatorias y absolutorias ejecutoriadas cuando las mismas se hayan obtenido por actividades delictivas del juez, o de un tercero.-

De conformidad con las argumentaciones precedentes, comedidamente solicitamos se decrete la inexequibilidad de los numerales 5 y 6 del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal.

## 5.2 INTERVENCIONES

Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación solicita declarar la constitucionalidad de la norma acusada, bajo los siguientes argumentos:

a. “La acción de revisión tiene como objetivo central hacer prevalecer la justicia sobre la forma, pues a través de ella se abandona el concepto de inmutabilidad de los fallos, en busca de la prevalencia del derecho sustancial afectado por providencias proferidas de manera irregular o por medios fraudulentos, cuyo medio únicamente es el restablecimiento del derecho a través de un nuevo fallo con todas las garantías jurídicas de imparcialidad para todos los sujetos del proceso” (folio 553).

Además, indica que las disposiciones demandadas pretenden subsanar los defectos materiales de los proveídos preferidos en contra de la recta administración de justicia sin que esto signifique desconocer derechos fundamentales.

Ministerio del Interior y de Justicia.

El interviniente solicita a la Corte declarar ajustados a la Constitución Política los numerales 5 y 6 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004. De conformidad con su intervención, el principio non bis in idem no es absoluto. En ese sentido, menciona que varios instrumentos internacionales permiten revisar procesos judiciales en algunos casos expresamente señalados, dentro de los cuales mencionó el artículo 14 numeral 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde se consagra que cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial la persona que haya sufrido una pena como resultado de la sentencia deberá ser indemnizada.

Señala también que cuando se produce una condena basada en la actuación dolosa del funcionario o de un tercero o de prueba falsa, no puede afirmarse que se condenó o absolvio de acuerdo con el procedimiento penal y menos con la ley. Una sentencia basada en pruebas falsa afecta gravemente el debido proceso penal. Consideró que es una obligación del Estado ejercer la acción penal, en cuanto a iniciar un nuevo juicio por cuanto en el Estado Social de Derecho el juez tiene la obligación de encontrar la verdad material y no solo la verdad procesal.

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

La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales de la Procuraduría General de la Nación solicitó declarar exequible los numerales 5 y 6 del artículo 192 por las siguientes razones:

a. “El principio de non bis ídem opera ya sea que la sentencia en firme sea absolutoria o condenatoria, tal como lo reiteró la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2001” (folio 630).

b. “El principio de non bis in idem admite excepciones en casos excepcionales atendiendo a

intereses jurídicos que el legislador quiere proteger y que en el caso concreto de la acción de revisión se refieren a la necesidad de que las decisiones correspondan a la verdad real y de esta forma realicen la justicia no sólo respecto del procesado, sino también frente a las víctimas y perjudicados con la conducta punible, esto es, a una recta administración de justicia” (folio 630).

c. “La acción de revisión da lugar a la reanudación de un proceso que necesariamente por circunstancias excepcionales como son la existencia de hechos nuevos no conocidos durante el desarrollo del proceso que necesariamente afectan la decisión dictada” (folio 631).

### 5.3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### Problema Jurídico

Esta a cargo de esta Corporación analizar si las causales de revisión fundamentadas en que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero o que el fallo se basó en todo o en parte en prueba falsa fundante de sus conclusiones, son violatorias del principio de non bis in idem establecido en la Constitución.

Para resolver el problema planteado , acudirá la Corte Constitucional ha algunas de sus jurisprudencias donde se a tratado el tema de los límites al principio de nom bis in idem, para posteriormente analizar las causales demandadas.

“

Consideraciones generales sobre los principios de non bis in idem y de la cosa juzgada (C.P., artículo 29)

4. Aún cuando usualmente se habla de los principios de la cosa juzgada y de non bis in idem como dos conceptos diferenciados, es menester precisar que éstos se encuentran íntimamente relacionados. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sentado la siguiente doctrina:

“Para esta Corporación, por el contrario, estas dos nociones se implican mutuamente, son inconcebibles por separado. Non bis in idem, es una expresión latina que significa ‘no dos veces sobre lo mismo’; ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta

mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto. En sentido similar ha sido acuñado el término ‘cosa juzgada’. (...)"<sup>7</sup>

Igualmente la Sentencia C- 004 de 2003 , trató el tema de la siguiente manera:

"La acción de revisión, en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas. Y esta taxatividad es razonable, pues se trata de "una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada", y por ello "las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido". Por consiguiente, corresponde al Legislador, en desarrollo de su libertad de configuración, determinar cuáles son las posibles causales que podrían justificar privar de efectos una sentencia que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada.

(... )

Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in ídem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo. Así, la fuerza normativa del non bis in ídem indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos."

De lo anterior se concluye lo siguiente:

- El derecho fundamental al debido proceso comporta el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, es decir el nom bis in idem.
- El nom bis in idem es un derecho fundamental que requiere de la protección y garantía por parte del Estado. Por tal razón, debe ser interpretado con base en los valores y principios establecidos en la misma Constitución.
- El preámbulo Constitucional establece como un valor trascendental dentro de nuestro modelo de Estado , la obtención de la justicia, entendida esta desde su perspectiva material. Es decir, el anhelo permanente del Estado Colombiano por arribar al conocimiento cierto de los hechos y así poder administrar justicia.
- En igual forma, es uno de los fines del Estado, como objetivo a corto plazo, el obtener un orden justo.
- La justicia , tanto como componente axiológico del Estado como objetivo a corto plazo, permiten servir de fuente de interpretación no solo de los derechos fundamentales sino de todo el ordenamiento jurídico Colombiano.
- En consecuencia, el principio de nom bis in idem debe ser interpretado a la luz de lo interpretado tanto en el preámbulo Constitucional como en el artículo 3º de la misma Carta.

Pues bien, llegando al caso concreto debe afirmarse que la acción de revisión es un mecanismo procedural que limita el principio de nom bis in idem. Y lo limita por cuanto permite que una persona que ya ha sido sentenciada pueda volver a serlo debido a hechos nuevos o pruebas nuevas y esto es lo que hace que el proceso no sea efectivamente igual al anterior.

Así las cosas, corresponde determinar la Constitucionalidad de las dos causales acusadas respecto de los parámetros ya señalados. Así entonces, debe afirmarse que dicha acción procede cuando el fallo haya sido determinado por el delito de un juez o un tercero ó por prueba falsa que sirva de base para las conclusiones del mismo.

Por consiguiente, debe decirse de una vez , que dichas causales responden a los límites que la misma Constitución ha establecido para el principio de nom bis in idem. Es claro para esta Corporación que en aquel fallo penal donde se haya emitido una sentencia sea absolutoria o

condenatoria , y este se ha determinado en un delito del un juez o de un tercero ó ha sido sustentado en una prueba falsa ; se está violentando no solo un valor fundamental de la Constitución como es la justicia sino igualmente no se cumple con uno de los fines primordiales del Estado como lo es el alcance de un orden justo. Lo dicho, por cuanto el fallo no sería correspondiente con una justicia material sino que estaríamos en presencia de un fallo formal ( fruto de un delito o una prueba falta ) ajeno a lo que busca el ordenamiento Constitucional.

Por ende, el principio de nom bis in idem , se ve limitado por unos intereses de mayor jerarquía como lo son la justicia como valor Estatal y el orden justo como objetivo primordial del Estado. No obstante, es la ley la que taxativamente determina dichas limitaciones siempre y cuando estén ajustadas a la Constitución, como es el presente caso.

No obstante , el demandante circscribe la discusión a la posibilidad de dicha acción proceda en caso de sentencia absolutoria. Para esta Corte , se produce entonces una tensión entre “la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo.” Tensión que como se explicó anteriormente , beneficia a la justicia como valor y al orden justo como fin primordial del Estado.

En consecuencia, por lo expuesto precedentemente esta Corporación declarará la exequibilidad de las causales 5 y 6 del artículo 192 de la ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites y requisitos que contempla el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

## RESUELVE

1. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 730 de 2005, que declaró inexequible la expresión “En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la

Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, “ contenida en el inciso final del artículo 2° de la ley 906 de 2004.

2. Declarar EXEQUIBLE la expresión “y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” contenida en el artículo 4° de la ley 906 de 2004, por los cargos analizados

3. Declarar EXEQUIBLE la expresión “ una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados , sin perjuicio del ejercicio oportuno , dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación

4. Declarar EXEQUIBLE la expresión “ o civil ” contenida en el literal b) del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

5. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 591 de 2005 , que declaró exequible la expresión “ El superior no podrá agravar la situación del apelante único ” contenida en el artículo 20 de la ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

6. Declarar EXEQUIBLES los numerales 5 y 6 del artículo 192 de la ley 906 de 2004 , por los cargos analizados.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-799/05

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Aplicación de interpretación sistemática/PRINCIPIO RECTOR EN CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL-No autonomía normativa (Aclaración de voto)

PRINCIPIO LEGAL-Concepto/PRINCIPIO LEGAL-Función (Aclaración de voto)

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL-Condiciones para la procedencia en nuevo procedimiento

penal (Aclaración de voto)

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL-Eficacia en la tarea de persecución penal (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-5464

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, el suscrito Magistrado procede a sustentar la aclaración de voto manifestada en la Sala Plena respecto de la sentencia C-799 de 2005.

2.- En dicha providencia se declararon exequibles expresiones de los artículos 4º, 8º y 192 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), así como también se resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-591 de 2005 respecto de la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 20 de la misma ley, declaraciones con las que estoy de acuerdo.

De otro lado, se resolvió igualmente estarse a lo resuelto en la sentencia C-730 de 2005 respecto de la inexequibilidad de las expresiones del inciso tercero del artículo 2º de la ley 906 en comento, que contemplaban la posibilidad que la Fiscalía realizara capturas sin orden previa del juez. Sobre este punto, comparto la apreciación de la Sala en el sentido que se ha configurado cosa juzgada en relación con lo decidido respecto de las mismas expresiones en la sentencia C-730 de 2005. Pero, debo aclarar que en la citada sentencia salvé el voto por considerar que las mencionadas expresiones no debieron ser declaradas inexequibles. En atención a lo anterior, encuentro que la mayoría de la Sala, aunque fundamentó acertadamente la necesidad de estarse a lo resuelto en lo relativo a la inexequibilidad de dichas expresiones, ya decretada por la Corte en un pronunciamiento anterior, aclaró el voto en cuanto a que se trata de la ratificación de una inexequibilidad de la que disentí en su momento. Las razones en las que sustenté lo anterior, consignadas en el salvamento de voto a la sentencia C-730 de 2005, las transcribo a continuación in extenso:

3.- Las expresiones normativas – que a continuación de subrayan – declaradas inexequibles

en la referida C-730 de 2005, disponían lo siguiente:

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

En aquella sentencia, la mayoría de la Sala Plena fundamentó la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones del inciso tercero del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 relativas a la captura que eventualmente podía realizar la Fiscalía sin orden previa del juez, en los siguientes argumentos:

i. En el sistema normativo colombiano existe una estricta reserva judicial para el ejercicio legítimo de la privación de la libertad por parte de las autoridades. Ésta se debe entender sujeta a la idea de representación democrática, por lo que su legitimidad viene dada por el principio de separación de las ramas del poder público. Se cita la sentencia C- 1024 de 2002 en donde se manifiesta que "...es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador. (...) [Q]ue la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto a los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual" [El énfasis es nuestro]

De ahí que se concluya en la presente sentencia, que el derecho a la libertad personal, "...encuentra (...) sólo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante (...), [pues es a éste] a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene." Luego la estricta reserva judicial en materia de capturas obliga a que sea el juez el que disponga su realización.

i. Como excepción a lo anterior, dentro de la reforma constitucional introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo Nº 03 de 2002, el inciso tercero del numeral 1º del artículo 250 de la Constitución contempla que mediante una ley se podrá facultar a la Fiscalía para que excepcionalmente realice capturas. Sin embargo, en el nuevo sistema de procedimiento penal establecido mediante el Acto Legislativo referido, se transformó sustancialmente el papel de la Fiscalía. Aunque continúa siendo parte de la rama judicial, ya no corresponde a ella (la Fiscalía) asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal mediante la expedición de órdenes de captura. Sino que "...el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal es la autoridad judicial competente que alude el inciso primero del artículo 28 superior." Mientras que el Fiscal no es competente en principio, pero puede llegar a serlo si una la ley lo faculta para que excepcionalmente realice capturas, siempre que "...el ejercicio de dichas competencias se enmarque en dicho presupuesto de excepcionalidad." En este orden, afirma la Sala que la estricta reserva judicial para la restricción del derecho de libertad personal contenida en el artículo 28 Superior, interpretada sistemáticamente con el artículo 250 de la Carta, estipula que la autoridad competente para la mencionada restricción es el juez de garantías y, el Fiscal no es competente, pero excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos en que la ley lo autorice.

i. El desarrollo de la autorización legal para la realización de capturas por parte de la Fiscalía según lo anterior, debe comportar "verdaderos elementos de excepcionalidad". Éstos no están dados en los apartes demandados del artículo 2º de la Ley 906 de 2004. Lo dispuesto en este artículo, en el sentido de hacer viable la captura por parte del Fiscal sin orden judicial previa bajo la existencia de motivos fundados y carencia razonable de oportunidad para solicitar la mencionada orden, resultan ser condiciones que "...dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirsele a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas." Por lo que no están acordes con lo estipulado en el artículo 250 de la Constitución.

4.- De las razones expuestas, en las que la Sala Plena sustentó en aquella oportunidad la inconstitucionalidad de los enunciados normativos demandados, disentí únicamente del argumento (iv). Con éste último, se argumentó que la falta de especificación con la que el legislador regula la facultad de la Fiscalía de capturar sin orden judicial previa - la cual fue dispuesta por el Constituyente derivado como excepcional, luego alejada del carácter general e indeterminado -, no se subsanaba con las regulaciones que el mismo legislador dispuso en otros artículos de la Ley 906 de 2004. Consideré por el contrario, que se debió interpretar sistemáticamente el enunciado normativo demandado, con los demás artículos de la Ley en comento que regulan la facultad excepcional de la Fiscalía de capturar sin orden previa del juez. Estos artículos, que son el 300 y el 313 del nuevo Código de Procedimiento Penal (L.906/05), prestan la concreción y especificidad por ausencia de la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad en mención. En este orden - a mi juicio - los mencionados artículos subsanaban el reparo constitucional consistente en que el artículo 2º acusado, deja "abierta la puerta" para que la excepción del artículo 250 de la Carta se convierta en la regla general, haciendo que la regulación del tipo de captura permitida a la Fiscalía sin orden judicial previa, se presente como condicionada a la concurrencia de circunstancias excepcionales. Por ello, no se debió declarar inexequible en la C-730 de 2005 el enunciado normativo del artículo demandado. El fundamento de los anterior se expresó como sigue.

5.- Según la mayoría de la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional y los fundamentos de la sentencia C-730 de 2005, la razón por la cual el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 demandado, no puede ser interpretado para su aplicación junto con los demás artículos de la misma ley que regulan la captura sin orden judicial previa por parte de la Fiscalía, es que las expresiones del inciso acusado "...tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2004." A su vez, la justificación en el que en dicha sentencia se sustentó la mencionada autonomía normativa es que - aunque del todo claro - la norma demandada hace parte del Título Preliminar sobre "Principios Rectores y Garantías Procesales". El argumento fue presentado por la Sala en aquella oportunidad de la siguiente manera:

"Empero es claro para la Corte que en cuanto se trata de una norma que hace parte del título preliminar sobre "Principios Rectores y Garantías Procesales" del Código de Procedimiento penal y cuyo contenido normativo es autónomo, bien podría llegar a interpretarse en el sentido de servir de base a la Fiscalía General de la Nación - independientemente de los

señalado en los referidos artículos 114, 297 y 300 – para ordenar capturas en los términos en el señalados, a saber cuando <la Fiscalía General de la nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de oportunidad de solicitar el mandamiento escrito>.”

En mi parecer, existieron dos falencias en la anterior justificación: (i) del hecho que la norma sea un principio rector del Código de Procedimiento Penal, no se deriva que su contenido normativo sea autónomo frente al resto de disposiciones de dicho Código, y (ii) en la práctica no resulta posible que del alcance de la aplicación del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, se sustraiga a las demás normas que regulan la posibilidad de la Fiscalía de capturar sin orden judicial previa. Sobre lo anterior expresé lo siguiente:

Alcance del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, entendido como principio rector del nuevo sistema de procedimiento penal.

6.- De manera general, en derecho la palabra “principio” hace referencia a un tipo de norma de carácter general. Su contenido es amplio y puede ser interpretado como un fin hacia el cual orientarse o una guía a seguir, tanto por el legislador en la tarea de crear las normas, como por el operador jurídico al aplicarlas. Referente a los principios legales, a cuya categoría pertenece la disposición demandada, se encuentra que están revestidos por el mismo carácter general, orientador e inspirador. Ahora bien, cuando el contenido de los principios legales obedece a objetivos específicos que el legislador ha tomado de la Constitución - como es el caso -, su función orientadora e inspiradora tiene un ámbito determinado. En primer lugar sirven a las otras normas legales de guía interpretativa inmediata, pues son los objetivos más próximos a los que dichas normas se dirigen. En segundo, fundamentan medidas para el logro de estos objetivos trazados en la Constitución. En consecuencia, estos principios legales avalan o descartan tanto interpretaciones como atribuciones a partir de su relación con las normas a las que le sirven de guía. Prestan a las disposiciones a las que inspiran, validez interpretativa cuando ellas se derivan de dichos principios y en caso contrario desvirtúan la mencionada validez.

Afirmar entonces, que la norma acusada por formar parte de los principios rectores y garantías procesales de la Ley 906 mencionada, tiene independencia normativa respecto del tema que regula, significa por un lado desconocer la función orientadora de los principios y por otro la posibilidad de que el legislador reproduzca en las leyes los principios contenidos

en la Constitución.

7.- Acerca de lo primero, me parece claro que si los principios son guías y orientan sobre la regulación de ciertos temas, difícilmente pueden ser interpretados como independientes en sus contenidos normativos. El sentido de guiar y orientar presupone un elemento adicional al cual se guía y orienta. Por ello la regulación de la posibilidad de la captura por parte de la Fiscalía sin orden previa del juez, contemplada como un principio rector y una garantía general procesal dentro del procedimiento penal colombiano, es un mandato general que inspira a otras disposiciones en la conformación del marco normativo de este tipo de captura. Ante la existencia de un principio rector y garantía procesal referente a la libertad personal (art. 2º L.906/04), es inaceptable no remitirse al “Régimen de la libertad y su restricción”, para entender la regulación completa sobre esta materia. Una tal desconexión, no atiende al carácter sistemático de las disposiciones que norman todo un ámbito del derecho - en este caso el procedimiento penal y concretamente el derecho a la libertad personal y su restricción -.

8.- De ahí que en mi opinión, resultó inexacta la afirmación de la mayoría de la Sala según la cual la posibilidad de realizar capturas de la Fiscalía sin orden previa de juez, fue regulada en la Ley 906 de 2005 bajo las condiciones de existencia de motivos fundados y razonable carencia de oportunidad para solicitar la mencionada orden del juez. Esta posibilidad estipulada en el artículo 250 de la Carta fue regulada por el legislador de manera diferente. Así pues, se le dio viabilidad en el nuevo procedimiento penal frente a los siguientes condiciones: (i) cuando existan motivos fundados para inferir, a) que determinada persona ha participado en la conducta investigada, b) que la persona va a evadir la acción de la justicia, c) que la persona representa peligro para la comunidad (o para las víctimas, art 296 L.906/04), o d) que la persona pueda obstruir la investigación. (ii) En los eventos en que proceda la detención preventiva, esto es, en los tres tipos de delitos que contempla el artículo 313 de la Ley 906/04. Y (iii) que el Fiscal se encuentre frente a una situación tal, que no tenga oportunidad de solicitarle al juez el mandamiento escrito.

Si no se dan las anteriores condiciones, los Fiscales no están autorizados para realizar capturas sin orden previa del juez. Así, el amplísimo margen de interpretación del que se habla en la sentencia C-730 de 2005 - de la que me aparté -, el cual da al traste con el carácter excepcional de este tipo de captura, queda reducido a la verificación de: al menos

una de las cuatro situaciones fácticas descritas en el párrafo anterior como a), b), c) y d), a los tres tipos de delitos a los que se refiere el artículo 313 de la Ley 906 de 2005 y a la ocurrencia de la situación excepcional de ausencia de oportunidad para solicitar la orden al juez antes de realizar la captura. En esta medida, consideré que el tipo de captura bajo estudio no estaba suficientemente regulada para ser ejercida en situaciones realmente excepcionales.

9.- De otro lado, el anterior argumento de la mayoría de la Sala, trae como consecuencia la sospecha de inconstitucionalidad de todas aquellas disposiciones legales que reproduzcan principios constitucionales. Esto es, todos aquellos artículos de la parte preliminar de las leyes, en cuyo texto el legislador haya incluido normas generales extraídas de los principios y valores contenidos en la Constitución. Su generalidad y amplitud, individualmente consideradas, permitirían – según la mencionada tesis – que se dieran interpretaciones contrarias a la Constitución.

Resulta cierto que en ocasiones desarrollar la regulación de situaciones concretas, a partir de normas de rango legal cuyo contenido reproduce la generalidad de un principio constitucional, puede generar en efecto interpretaciones inconstitucionales de esa norma legal y en consecuencia vulneración de los derechos fundamentales. Pero, esto se da únicamente cuando la regulación de una materia mediante la ley induce al error al intérprete, haciéndole creer que sólo son aplicables aquellas normas constitucionales y/o generales y nada más, abriendo así la puerta a cualquier tipo de interpretaciones. O, cuando la norma legal que reproduce el contenido constitucional, es la única que regula la materia y a su vez, ésta no es de aplicación directa.

En el caso concreto del artículo 2º analizado en la C-730 de 2005 no se da ninguno de los anteriores supuestos, pues la materia regulada de manera general por éste en la parte preliminar, es el marco dentro del cual se deben desplegar los requisitos específicos que el legislador estableció para lo propio, en artículos posteriores de la misma ley. La norma declarada inexistente en la citada C-730 de 2005, ni sugiere que ella misma es la única que regula la materia, ni pretende su aplicación de forma directa. Pues no se puede perder de vista que es un principio rector y una garantía procesal a la luz de la cual se deben interpretar el resto de normas procesales penales.

Ámbito de aplicación del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, en el contexto del nuevo sistema de procedimiento penal.

10.- También se expresó que lo expuesto en el acápite anterior, resultaba cierto no sólo a partir de las nociones teóricas de principios generales e interpretación sistemática de las normas. Desde el punto de vista de la aplicación del artículo 2º en comento, es también inaceptable la afirmación según la cual lo estipulado en el artículo declarado inexequible podría “servir de base” a la Fiscalía General de la Nación para que ordenara capturas en desatención de los artículos del Capítulo I del Título IV del Código de Procedimiento Penal, el cual fue titulado por el legislador, precisamente como “Régimen de la libertad y su restricción”.

No se puede aseverar que un Fiscal en un caso concreto pretenda sustentar una captura sin previa orden del juez, si el delito investigado no es uno de los que se habla en el artículo 313 del mencionado Código, o teniendo la convicción que puede hacer comparecer a la persona por otros medios. Y mucho menos que en las condiciones descritas el juez de garantías avale la mencionada captura.

11.- Afirmar que los Fiscales fundamentarán la realización de capturas sin orden judicial previa sólo en lo contenido en el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, como se hizo en la C-730 de 2005, es descontextualizar completamente tanto la labor jurídica del Fiscal, como la labor de control del cumplimiento de las garantías constitucionales del juez de control de garantías. No se puede hacer caso omiso al hecho que los Fiscales están constreñidos en su actuación dentro del proceso penal, al nuevo Código de Procedimiento Penal en su integridad, y no sólo a la parte preliminar. De este modo no se puede desconocer tampoco, que el Fiscal – según el nuevo Código procesal penal – en la tarea de demostrar eventos claros y objetivos, v.gr, el riesgo de evasión del capturado – está atado al debate jurídico que supone el control posterior obligatorio por parte del juez de garantías.

Así, en el debate que surtió la sentencia C-730 de 2005 la Sala omitió el análisis acerca de la complejidad que se presenta al pretender predeterminar todos los posibles eventos a partir de los que un fiscal pueda encontrarse en una situación tal que lo obligue a practicar una captura sin previa orden. Evidentemente resulta imposible para el legislador determinar por anticipado semejante situación. Lo que obligaba a concentrar el análisis en el control

posterior que sobre la captura realizada sin orden, hace el juez de garantías. Los elementos de juicio que sirvieron de sustento a la captura deben ventilarse ante el juez mencionado. Es obligación constitucional y legal del juez de garantías decidir sobre la legalidad de este tipo de captura, y obligación constitucional y legal del Fiscal colocar a disposición del mismo al capturado para lo propio.

En este orden de ideas, la posibilidad de declaratoria de ilegalidad de la captura y la subsiguiente orden de libertad, suponen un alto grado de diligencia jurídica para el fiscal que teniendo la oportunidad de conseguir una orden del juez, opte por realizar una captura sin ella. Las posibilidades de sustentar razonablemente semejante acción son pocas, pero las posibilidades que el juez de garantías acepte una argumentación precaria como justificación de la captura, son prácticamente nulas.

12.- Por último, al no estudiarse en la C-730 de 2005 en comento, la regulación que el nuevo Código de Procedimiento Penal que estableció la posibilidad excepcional de los Fiscales para realizar capturas sin orden judicial previa en su contexto, se omitió también analizar la racionalidad del establecimiento de dicha posibilidad. No se tuvo en cuenta que con la orden de captura emitida por un fiscal se pretende mantener la eficacia de la tarea de la persecución penal del órgano investigador, en situaciones o ante eventos muy particulares. Que la regulación de esta competencia por parte del legislador se desarrolló como la verificación de una serie de causales (art 300 L.906/05). Que dichas causales pretenden dar cuenta de los eventos en que el Fiscal sólo tiene una oportunidad para realizar la captura, y se encuentra frente a ella sin la orden escrita del juez. Y que pese a que el presupuesto normativo necesario es la ocurrencia de hechos imprevisibles, frente a los que el fiscal no tiene otra opción que realizar la captura en forma inmediata, su realización está condicionada a priori por los requisitos a que se ha hecho mención y a posteriori por el control del juez de garantías.

En los anteriores términos consideré que los apartes demandados del inciso tercero del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 no debieron ser declarados inexequibles, mediante la C-730 de 2005.

Por ello aclaro el voto en la presente sentencia que resolvió estarse a lo resuelto en la mencionada C-730 de 2005.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

2 Sentencia C-131 de 2002 Corte Constitucional.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-150/1993

4 Sentencia C- 412 de 1993 Corte Constitucional. Esta Sentencia ha sido reiterada en varias oportunidades por la Corte Constitucional , entre otras en la Sentencia C- 1711 de 2000.

5 Sentencia T-116 de 2004 Corte Constitucional

6 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

7 Sentencia T- 162 de 1998 Corte Constitucional