

Sentencia T-409/14

DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Garantía constitucional

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Igualmente el inciso cuarto de dicha disposición establece que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de cualquier actuación judicial de “ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”. Respecto al derecho de defensa en el ámbito penal, la ley 906 de 2004 consagra que este implica como mínimo las garantías a: (i) ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (ii) a ser socorrido por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; (iii) a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (iv) a solicitar, conocer y controvertir las pruebas y, (v) a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas, en el cual pueda interrogar a los testigos y a obtener la comparecencia de peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Importancia

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el proceso penal, señalando que con su ejercicio se busca: “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el

derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.

DERECHO A LA DEFENSA-Ambito de aplicación en el proceso penal comprende toda actuación incluida la etapa preprocesal/DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Su aplicación se extiende a la etapa preprocesal

Para esta Sala es indispensable que el derecho de defensa pueda ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello. En este sentido, quien conoce de una actuación penal en su contra está facultado para ejercer dicha garantía durante la etapa de indagación y concretamente, puede solicitarle al juez que se le permita asistir a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias adelantadas.

DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE DOMICILIO-Protección constitucional/DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE DOMICILIO-Importancia

INVIOABILIDAD DE DOMICILIO-Personas autorizadas para intervenir en la audiencia de legalización de allanamiento

DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Se puede ejercer en la audiencia de legalización de allanamiento bajo dos perspectivas

El derecho de defensa se puede ejercer en la audiencia de legalización de allanamiento bajo dos perspectivas. La primera mediante la participación directa por parte de las personas facultadas legal y jurisprudencialmente para “asistir” a la audiencia del artículo 237 y, la segunda, dándole la posibilidad a otros sujetos tales como: (i) los titulares del derecho de dominio; (ii) los poseedores y, (iii) los tenedores. Sobre la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en la etapa de indagación, se debe señalar que dependiendo de la cautela y el sigilo que adopte la Fiscalía en un caso concreto, será posible materializar la garantía constitucional de contradicción antes de adquirir la naturaleza de imputado. Es perfectamente plausible que una persona nunca tenga la posibilidad de ejercer oposición a diversas actuaciones que se realizan en la etapa de indagación, por la sencilla razón de que ni constitucional, ni legalmente existe el deber de la Fiscalía de dar a conocer a las personas las pesquisas que se están realizando. Esto por obvias razones redundará en beneficio de la

eficiencia en la administración de justicia y busca no poner en riesgo la integridad de los posibles testigos.

DEBIDO PROCESO PENAL-El derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento que se tenga conocimiento de la existencia de una actuación penal en su contra, incluso durante la etapa de indagación

Es claro que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de su autonomía puede adoptar varias estrategias investigativas tendientes a esclarecer la ocurrencia o no de un ilícito, sin embargo, en el momento en el que revela su conducta, -bien sea por un allanamiento o por otra actuación-, inexorablemente habilita al interesado para ejercer el derecho de defensa cuestionando la legalidad de lo hasta el momento actuado.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Actuaciones procesales reservadas en el proceso penal/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Actuaciones procesales públicas en el proceso penal

DEBIDO PROCESO PENAL-Garantías legales en materia penal respecto de personas incurso en un procedimiento internacional

Es claro que en los eventos en los cuales se ejecuten medidas de cooperación internacional en el territorio colombiano, deben aplicarse las disposiciones de derecho interno respecto de las actuaciones que realice la fiscalía, en especial, tienen las autoridades el deber de informar a la parte requerida o a los eventuales afectados de la investigación, los motivos que originan dicha diligencia. Con fundamento en lo referido anteriormente, se debe aclarar que si bien muchas de las garantías contempladas en la legislación colombiana no pueden ser aplicadas a procesos penales que se adelanten en otros países, lo anterior no es óbice para que las autoridades colombianas admitan que sus nacionales se enfrenten a un proceso penal en otro país sin permitírseles ejercer algún tipo de defensa.

CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL-Garantía del derecho fundamental al debido proceso del indiciado

DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Orden a juzgado de control de garantías proceda a realizar nuevamente la audiencia de control de legalidad

de allanamiento en presencia del accionante y su apoderado

Referencia: expediente T-4.272.660

Acción de tutela interpuesta por Siervo Elías Prieto Salas contra la Fiscalía Noventa y Tres Seccional Unidad de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá, y el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANDRÉS MUTIS VANEGAS, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y, quien la preside, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que a su vez confirmó la sentencia expedida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual negó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y la legalidad, invocados por el señor Siervo Elías Prieto Salas.

1. Hechos:

1.1. Precisa el accionante que el 22 de agosto de 2013, agentes del C.T.I. ingresaron a su vivienda con el fin de adelantar una diligencia de allanamiento en virtud de una orden proferida por la Fiscalía Noventa y Tres Seccional Unidad de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá. En dicha diligencia se procedió a embalar y rotular varios bienes, documentos y elementos que se encontraban en su apartamento.

1.2. Al día siguiente la misma autoridad adelantó sin su presencia, ni la de su apoderado,

ante el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías de Bogotá, “audiencia reservada sobre el acto de allanamiento y los elementos incautados”.

1.3. Asegura que una vez tuvo conocimiento de dicho acontecimiento, por intermedio de su apoderado, solicitó audiencia para efectos: (i) de averiguar si actualmente estaba siendo investigado por la Fiscalía como autor de algún delito y (ii) para objetar la legalidad de las actuaciones adelantadas por el C.T.I.

1.4. Sin embargo, ha tenido que suspender este procedimiento en diversas oportunidades debido a que la Fiscalía y el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio le han negado el acceso a los registros de audio y video de la “audiencia reservada de allanamiento y elementos incautados adelantada el 23 de agosto de 2013 por el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías de Bogotá”, aduciendo que en ella se discutió información considerada por la policía de New South Wales (Australia) como crucial para una investigación que se encuentra en curso en dicho país.

1.5. Manifiesta que los bienes, documentos y elementos que fueron recaudados por el C.T.I. en la diligencia de allanamiento fueron remitidos por las autoridades demandadas hacia Australia sin su consentimiento.

1.7. Ante esta situación el señor Siervo Elías Prieto Salas instaura acción de tutela con la pretensión de lograr que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y a la legalidad. En consecuencia solicita se ordene: (i) a las entidades accionadas remitir los audios contentivos de la diligencia llevada a cabo el 23 de agosto de 2013 por el Juzgado 35 Penal Municipal con Función de Garantías y, (ii) a la Fiscalía Noventa y Tres expedir copias de la comisión rogatoria y demás documentos que den cuenta de la actuación desplegada para el cumplimiento de la asistencia judicial.

2. Actuaciones del juez de tutela de primera instancia.

Mediante auto de fecha 14 de noviembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió admitir la acción de tutela y vinculó al Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías de Bogotá, a la Fiscalía Noventa y Tres Seccional Unidad de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá y, al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, para que se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

3. Respuesta de las entidades accionadas.

3.1. La Fiscalía Noventa y Tres de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá, mediante oficio número 00141-93, afirmó que en virtud de una solicitud de asistencia judicial en materia penal (comisión rogatoria) entre Australia y Colombia, se le ordenó adelantar una serie de medidas solicitadas por la Australian Federal Police (AFP) de manera conjunta con la policía de Nueva Gales del Sur (NSWP), en el marco de un proceso penal que se adelanta en dicho país por el delito de “Robo a mano armada a varias joyerías”.

Sobre el particular manifestó que de conformidad al acta de registro de allanamiento en el inmueble del accionante se encontró entre otros objetos: (i) una bolsa pequeña con joyas; (ii) un bolso negro con un total de \$55.947.000; (iii) varios celulares y aparatos de comunicación; (iv) una maleta con \$120.000.000; (v) documentos varios y (iv) diversos elementos probatorios que fueron debidamente rotulados y embalados para la correspondiente cadena de custodia con destino al país austral.

Afirma que sus actuaciones se adelantaron en el marco de un proceso de cooperación internacional que se adelanta contra los hijos del accionante, los señores Jhon Fredy Prieto Torres y Sergio Prieto Torres[1]. Destaca que la diligencia objeto de cuestionamiento tiene el carácter de reservada por lo cual solo las personas legal y jurídicamente facultadas, como lo son el juez, el ministerio público y el Fiscal pueden tener acceso a las actuaciones adelantadas.

La Fiscalía Noventa y Tres resaltó igualmente que no existe una investigación en contra del señor Siervo Elías Prieto Salas adelantada por dicha delegada, por los hechos que se tramita la asistencia judicial, razón por la cual no puede considerarse que exista una afectación al derecho de defensa.

Por último, manifiesta que si el accionante tiene sospechas de que se está adelantando una investigación en su contra, no es en la Fiscalía General de la Nación ante quien debe ejercer su derecho a la defensa, sino ante las autoridades judiciales australianas.

3.2. A través del oficio 1158, el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías de Bogotá manifestó que mediante el trámite de audiencia reservada, consistente en la legalización

del allanamiento e incautación de elementos, se resolvió decretar válida la diligencia efectuada el día 22 de agosto de 2013, con la única intervención de la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

3.3. Por su parte, el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio manifestó, mediante oficio AS-O-1918, que las diligencias llevadas a cabo el 23 de agosto de 2013 en el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías, correspondientes a las audiencias de legalización de allanamiento e incautación de elementos, de conformidad a la Ley 906 de 2004 tienen el carácter de reservado, razón por la cual para su entrega es indispensable la autorización de la respectiva Fiscalía.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

4.1. Respuesta del escrito presentado por el apoderado del señor Siervo Elías Prieto Salas a la Fiscalía Noventa y Tres de delitos contra la fe pública, solicitando copias del audio que contiene la audiencia de legalización de allanamiento e incautación (folios 6 y 7, cuaderno 1).

4.2. Copia del acta de registro y allanamiento adelantada el día 22 de agosto de 2013 en la ciudad de Bogotá (folios 20 al 22, cuaderno 1).

4.3. Fotocopia de la consulta del proceso 110016000049201310546000 del sistema penal acusatorio (folios 25 al 35, cuaderno 1).

4.4. Copia del informe de ayuda recíproca en asuntos penales solicitado por la policía de New South Wales al Gobierno de Colombia (folios 56 al 70, cuaderno 1).

5. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

5.1. Decisión de primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 22 de noviembre de 2013, negó la solicitud de protección de los derechos fundamentales invocados, manifestando que en el caso concreto el accionante tiene a su disposición otros medios de defensa judicial para plantear sus inconformidades respecto del procedimiento realizado y para pedir los registros solicitados.

Así mismo, afirmó que “de acuerdo a lo informado por la Fiscalía accionada no existe una investigación formal adelantada por esa delegada en contra del accionante, deberá este, a través de la Cancillería o de la entidad correspondiente, hacer las gestiones necesarias a fin de que sea reconocido dentro de la investigación que se adelanta en Australia”.

5.2. Impugnación

El representante legal del señor Siervo Elías Prieto Salas en el término legal, presentó la impugnación contra la anterior decisión, afirmando que la negativa de los accionados a expedir las copias requeridas, impide de manera grave conocer las bases que tuvo el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías para impartir legalidad al procedimiento de allanamiento, y por ende, formular cualquier reparo sobre la misma.

Igualmente aseveró que “aún cuando su cliente no es indiciado advierte la existencia de una investigación en su contra por parte de un Gobierno extranjero con implicaciones en Colombia de orden fundamental”.

5.3 Decisión de segunda instancia

Así mismo afirmó que si “el accionante pretende conocer pormenores de la investigación que se adelanta y de los documentos que fueron remitidos hacia Australia, según el acto de asistencia judicial que ejecutó la Fiscalía accionada, tal asunto escapa a la competencia del ente acusador que sólo operó como un ejecutor de una medida de cooperación internacional”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto la acción de tutela se

presenta con el fin de amparar la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la legalidad del señor Siervo Elías Prieto Salas. Él considera que se vulneraron sus garantías constitucionales por: (i) impedírsele ejercer su derecho de defensa antes de adquirir la categoría de imputado; (ii) negarle la entrega de los CD de la audiencia reservada de legalización de allanamiento e incautación de elementos, llevada a cabo el 23 de agosto de 2013 en el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías y, (iii) obstaculizársele el acceso a la investigación y documentos que fueron remitidos hacia Australia.

Por su parte, la Fiscalía Noventa y Tres de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá manifiesta que en ningún momento se le están desconociendo los derechos fundamentales al accionante, ya que no existe una investigación en Colombia contra él adelantada por dicha delegada.

Así mismo, el Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías, el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio y la Fiscalía ponen de presente que de conformidad al artículo 155 de la Ley 906 de 2004 “serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas”. Aducen que por esta razón el actor no puede tener acceso a los documentos e información que se discutieron en dicha etapa procesal, ya que esto podría interferir con una investigación que se encuentra en curso en el país austral.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

¿Se desconocen los derechos fundamentales de una persona que no tiene la calidad de indiciado cuando las autoridades Colombianas, en ejercicio de un tratado de cooperación penal internacional, recolectan elementos materia de prueba para un juicio que se está adelantando en el extranjero sin permitirle ejercer algún tipo de recurso interno contra dicha decisión, ni permitírsele saber el por qué de una diligencia de allanamiento?

Para este efecto, es necesario que esta Sala determine si se deben aplicar las garantías constitucionales existentes en el proceso acusatorio, respecto de las actuaciones penales que se estén adelantando en otro país.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes puntos: (i) el derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio; (ii) personas autorizadas para intervenir en la audiencia de legalización de allanamiento; (iii) actuaciones reservadas en el proceso penal; (iv) garantías legales en materia penal de personas incurso en un procedimiento internacional y, (v) por último se resolverá el caso concreto.

3. El derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio.

3.1. El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Igualmente el inciso cuarto de dicha disposición establece que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de cualquier actuación judicial de “ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”[2].

Respecto al derecho de defensa en el ámbito penal, la ley 906 de 2004 consagra que este implica como mínimo las garantías a: (i) ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (ii) a ser socorrido por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; (iii) a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (iv) a solicitar, conocer y controvertir las pruebas y, (v) a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas, en el cual pueda interrogar a los testigos y a obtener la comparecencia de peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

Sobre la posibilidad de ejercer el derecho de defensa por intermedio de apoderado judicial en el proceso penal, la Corte, en sentencia C-069 de 2009 expresó que:

“Para controvertir la actividad acusatoria del Estado el ordenamiento prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias. De un lado, la defensa material, que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. De otro, la defensa técnica, que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes”.

En el mismo sentido se debe destacar que el Comité de Derechos Humanos mediante la Observación General número 13, manifestó respecto al derecho de defensa en el proceso penal lo siguiente:

“El acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. Lo que constituye un tiempo adecuado depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir a un abogado.

(...)

El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas. Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios in absentia, es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa”.

En este orden de ideas, es necesario señalar que el derecho de defensa adquiere especial trascendencia en el ámbito penal, donde el proceso no sólo cumple su finalidad cuando condena, sino también en el evento de absolver al inocente una vez agotadas las instancias y el debate probatorio respectivo. Por ello los intervinientes en el mismo deben brindarle al implicado todas las herramientas para ejercer el pleno ejercicio de la contradicción, a fin de demostrar la ausencia de responsabilidad del acusado.

3.2. Ahora bien, teniendo de presente que el derecho de defensa en materia penal garantiza

que se concurre al proceso, que se haga parte en el mismo, que se ejecuten los recursos y se presenten pruebas así como alegaciones, la Corte debe determinar desde cuando se puede empezar a ejercer esa garantía constitucional.

Al respecto se debe resaltar que el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 establece que “en desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal”. (Cursiva y Negrilla fuera de texto) Sin embargo, esta corporación ha aclarado 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, ya que esta garantía es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal.

Sobre el alcance del derecho de defensa incluso antes de adquirir la categoría de imputado, la Corte en sentencia C-799 de 2005 determinó que su ejercicio surge desde cuando se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra, y solo culmina cuando finalicen las labores investigativas y de juzgamiento. En este orden de ideas, en dicha ocasión se explicó lo siguiente:

“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

(...)

Así las cosas, el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, es entonces determinante para la validez constitucional del proceso penal, lo que impone que éste deba garantizarse, como ya se anunció, en los términos previstos por el artículo 29 de la Constitución Política y los tratados de derechos humanos. (...) 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 a defenderse”.

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-025 de 2009 esta corporación conoció de la demanda contra varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, las cuales restringían el acceso de los indiciados no capturados a las audiencias de control de legalidad en virtud de los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal. En dicha providencia este Tribunal reiteró que:

“No existe una razón jurídica válida para negar la participación activa del indagado y de su defensor en la aludida audiencia, cuando las medidas previstas en las normas impugnadas se practican en la etapa de indagación. Por el contrario, la circunstancia de que en ella se vayan a decidir asuntos de interés para el implicado, que pueden comprometer su futura responsabilidad y definir el curso del proceso -como es precisamente resolver sobre la validez de la evidencia o material probatorio recaudado-, hace imprescindible que se garantice su presencia en la audiencia, en aras de asegurarle el ejercicio de su derecho a la defensa, independientemente al momento en que aquella pueda llevarse a cabo”.

Como consecuencia de lo expuesto para esta Sala es indispensable que el derecho de defensa pueda ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello. En este sentido, quien conoce de una actuación penal en su contra está facultado para ejercer dicha garantía durante la etapa de indagación y concretamente, puede solicitarle al juez que se le permita asistir a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias adelantadas.

4. Importancia de los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Personas autorizadas para intervenir en la audiencia de legalización de allanamiento.

A partir del análisis del artículo 28 de la Carta Política, la sentencia C-806 de 2009[5] estableció los requisitos que tienen los agentes penales cuando practican una diligencia de registro y allanamiento del domicilio. En primer lugar, la Corte conectó la inviolabilidad de la residencia con los derechos a la intimidad, la libertad personal y la propiedad privada, y luego procedió a establecer los límites aplicables a aquel. El primero se refiere a la estricta reserva legal a la que está sometida su regulación y el segundo está establecido en el propio artículo 28 superior y ha sido resumido por la jurisprudencia de la siguiente manera: “(i) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) el

respeto a las formalidades legales y (iii) la existencia de un motivo previamente definido en la ley.[6]”.

Adicionalmente, en la sentencia citada la Corte efectuó una relación de las providencias en las que se han estudiado las diferentes potestades de las autoridades para registrar el domicilio. Los últimos fallos, referidos a facultades contenidas en la Ley 906 de 2004, fueron resumidos de la siguientes manera:

“En la sentencia C-519 de 2007 la Corte declaró inexecutable el numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento, el que este fuera realizado de manera concomitante o sucesánea de la captura.[7] En dicha sentencia, la Corte Constitucional señaló que “autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad[8] a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud para interpretar su procedencia pretextando que se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional”.[9]

En la sentencia C-256 de 2008 (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa), al juzgar una norma de la Ley de la Infancia y la Adolescencia que permitía el allanamiento con fines de rescate, la Corte hace un recuento jurisprudencial de las excepciones al allanamiento con orden judicial y resaltó que “los requisitos para que estos allanamientos administrativos sean constitucionales son de diverso orden, pero usualmente versan sobre (i) la existencia de un peligro inminente y grave; (ii) que amenaza la vida, la integridad, la seguridad o la salubridad de las personas; y (iii) la existencia de elementos en la regulación demandada que circunscriben el margen decisorio de la autoridad administrativa y permiten un control posterior efectivo ante una autoridad judicial en caso de presentarse excesos o arbitrariedades. Estos requisitos no han sido exigidos cuando se trata de ingresar a (i) lugares abiertos al público, o (ii) cuando el morador del domicilio autoriza el ingreso de las autoridades administrativas. En cambio, se han declarado incompatibles con la Carta

allanamientos administrativos cuya finalidad es la búsqueda de evidencia física para efectos penales, en donde ha desaparecido el elemento de flagrancia, como en el caso del registro o allanamiento concomitante o sucesáneo a la captura del imputado, indiciado, acusado o condenado”. En esa misma sentencia se hizo un recuento de las excepciones al régimen general de protección al derecho de inviolabilidad del domicilio con orden judicial previa, que facultaban a las autoridades administrativas realizar allanamientos compatibles con la Carta Política.[10].[11]

Más recientemente, en la sentencia C-131 de 2009, la Corte declaró exequible la expresión “la orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar,” contenida en el artículo 222 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 14 de la Ley 1142 de 2007, por considerar que la exigencia de que la orden de allanamiento determine los lugares que van a ser objeto de registro era compatible con la protección constitucional del domicilio. Dijo entonces la Corte:

De ese modo, no se conculca el respeto exigido a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 28 de la Constitución, toda vez que en la orden de registro o allanamiento el Fiscal deberá determinar los lugares donde será efectiva la medida y de no poder hacerlo la descripción exacta de aquéllos. A su vez, se guarda la reserva judicial que debe existir para esa clase de irrupción en los bienes sujetos a esa clase de medida, pues acorde con la norma constitucional debe mediar mandamiento escrito de autoridad competente, en este caso la Fiscalía, con las formalidades legales ya señaladas y por motivos previamente definidos en la ley (principio de reserva legal, art. 220 L. 906 de 2004).

Por ende se salvaguarda la inviolabilidad del domicilio, la mayor preocupación de los ponentes de la propuesta en la Cámara de Representantes que abogaban por esa garantía, pues se evitan las eventuales arbitrariedades en que pudiera incurrir la autoridad.”

4.1. Bajo ese marco, el artículo 250 de la Constitución (modificado por el Acto legislativo 03 de 2002), determinó que la Fiscalía General de la Nación bajo el nuevo modelo penal acusatorio tendría entre sus funciones: (i) adelantar registros, allanamientos, incautaciones, siempre teniendo en cuenta que en dichos eventos el juez de control de garantías deberá avalar la legalidad de las mismas; (ii) solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal y, (iii)

asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

El principal cambio que introdujo la reforma constitucional del año 2002 fue la creación de un funcionario judicial independiente que impartiera legalidad a las actuaciones de la Fiscalía que afectaran derechos fundamentales, tales como la realización de interceptaciones telefónicas o la práctica de allanamientos. Así las cosas, por regla general el órgano acusador solo puede adoptar este tipo de medidas previa autorización de un funcionario judicial, sin perjuicio de la posibilidad de realizar directamente dichas actividades en circunstancias excepcionales, siempre y cuando se efectúe el control posterior respectivo.

Por su parte el legislador en desarrollo de su potestad de configuración legislativa, estableció en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal el procedimiento que debía verificarse en la audiencia posterior de control de legalidad:

“Durante el trámite de la audiencia “sólo podrán asistir”, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar” (Negrilla y subraya fuera de texto).

Según la redacción original de la Ley 906 de 2004, los únicos funcionarios autorizados para asistir a la audiencia posterior de control de legalidad eran: (i) el juez de control de garantías; (ii) el fiscal; (iii) los funcionarios de policía judicial que intervinieron en la diligencia; (iv) los testigos o peritos que prestaron declaraciones; (v) el Ministerio Público de manera facultativa en virtud del artículo 155[12] y, (vi) el imputado y su defensor cuando ya se hubiese formulado la respectiva imputación.

El diseño que adoptó el legislador al momento de redactar el Código de Procedimiento Penal optaba por restringir el acceso del indiciado a varias etapas procesales. En otras palabras, por expresa disposición legal se excluía la asistencia de ese sujeto procesal a la audiencia de legalización de allanamiento, porque si bien la persona estaba siendo investigada, aún no había adquirido la categoría de imputada.

Para remediar ese déficit de protección, la Corte Constitucional mediante sentencia C-025 de 2009, declaró inexecutable la expresión “sólo” contenida en el inciso segundo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, por desconocer el derecho de defensa de las personas sobre las cuales recaían las referidas restricciones, e igualmente condicionó dicho artículo en el entendido que dentro de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, cuando el indiciado tenga noticia de que se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita:

“Nadie más interesado que el propio indagado en ser oído, en tener la oportunidad de demostrar, desde el inicio de la actuación penal, que no debe ser imputado de los delitos que se investigan, por lo menos a partir de la validez de la evidencia que hasta ese momento se ha recaudado, y ello sólo es posible cuando se le asegura la asistencia a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias practicadas en la etapa de indagación”[13].

Posteriormente, el artículo 68 de la Ley 1453 de 2011 reformó el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 y armonizó el trámite de la audiencia de control de legalidad a los requisitos jurisprudenciales tasados por esta corporación. Al respecto vale la pena resaltar que el legislador en esta nueva disposición suprimió la expresión -sólo- contenida en el artículo original y en su posterior reforma contenida en ley 1142 de 2007, para así garantizar “la asistencia” de las personas que tuviesen la calidad de indiciadas a las etapas previas de la investigación. La referida disposición ordena: “Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además el fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”.

“Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro”. (Negrilla y subraya fuera de texto)

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la posibilidad de que el titular del derecho de dominio donde se efectuó el allanamiento esté legitimado para solicitar la exclusión de la evidencia obtenida en su inmueble, ha manifestado lo siguiente:[15]

“Supongamos que la persona A sufre un registro ilegal, en violación a la protección constitucional. Cuando la evidencia obtenida mediante tal registro ilegal se pretende utilizar contra el acusado, persona B, que no ha sufrido la violación constitucional, ¿debe permitirse al acusado B solicitar la supresión de la evidencia ilegalmente obtenida, a pesar de que quien sufrió el registro ilegal fue A?. El “standing” equivale en términos generales a tener legitimidad para discutir, de suerte que el titular del derecho a la intimidad, afectado por el registro ilegal, es quien tiene derecho a invocar la protección contra el registro ilegal y solicitar la supresión de la evidencia obtenida mediante el registro ilegal.

(...)

Atendiendo la evolución del precedente federal norteamericano relativa al “standing”, el artículo 231 de la Ley 906 de 2004 recogió todas las posibilidades construidas en torno a limitar la legitimación para solicitar la exclusión de evidencias originadas en procedimientos ilegales que se vincularan con el derecho a la intimidad, a saber: el titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia, el visitante en calidad de huésped, o el indiciado o imputado que pudieran alegar alguna expectativa”.

Con fundamento en lo anterior, se puede concluir que el derecho de defensa se puede ejercer en la audiencia de legalización de allanamiento bajo dos perspectivas. La primera mediante la participación directa por parte de las personas facultadas legal y jurisprudencialmente para “asistir” a la audiencia del artículo 237 y, la segunda, dándole la

posibilidad a otros sujetos tales como: (i) los titulares del derecho de dominio; (ii) los poseedores y, (iii) los tenedores.

4.2. Sobre la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en la etapa de indagación, se debe señalar que dependiendo de la cautela y el sigilo que adopte la Fiscalía en un caso concreto, será posible materializar la garantía constitucional de contradicción antes de adquirir la naturaleza de imputado.

Es perfectamente plausible que una persona nunca tenga la posibilidad de ejercer oposición a diversas actuaciones que se realizan en la etapa de indagación, por la sencilla razón de que ni constitucional, ni legalmente existe el deber de la Fiscalía de dar a conocer a las personas las pesquisas que se están realizando. Esto por obvias razones redundará en beneficio de la eficiencia en la administración de justicia y busca no poner en riesgo la integridad de los posibles testigos. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-025 de 2009:

“Cabe destacar, como ya lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias registros, allanamientos, interceptaciones, etc-, lo cual redundará en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa”.

El sentido natural de la investigación penal, bien sea que se encuentre en la etapa policial o judicial, requiere de cautela, de pausa y de la prudencia necesaria para identificar todos los factores que pueden develarse de una compleja operación delictiva, los cuales pueden variar dependiendo de: (i) la totalidad de partícipes; (ii) los múltiples crímenes que se investigan y, (iii) la colaboración o articulación con otras organizaciones criminales. Así las cosas, es lógico que a modo de ejemplo, no se pueda alegar una eventual violación al derecho de defensa, solo por el hecho de que el órgano investigativo no le haya informado a una persona que su teléfono estaba siendo intervenido en el marco de una investigación penal.

El propio Código de Procedimiento Penal en su artículo 155, garantiza la reserva de ciertas

audiencias en la etapa investigativa, esto con el fin de materializar la cautela y prudencia connatural del proceso penal. Al respecto la referida disposición establece:

“serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decreta una medida cautelar”. (Negrilla y Subralla fuera de texto).

Sin embargo, si la Fiscalía en ejercicio de su autonomía decide voluntariamente realizar una medida que ponga al descubierto o evidencie su conducta investigativa, -como sería el practicar un allanamiento-, ya no podrá negar al indiciado el derecho de ejercer su derecho de defensa contravirtiendo la decisión al interior de la audiencia de legalización. Sobre este ejemplo específico, la Corte, en sentencia C-799 de 2005 expresó lo siguiente:

“Hipótesis en las que se Activa el Derecho de Defensa antes que se adquiriera 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. (...) 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 las cosas, es claro que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de su autonomía puede adoptar varias estrategias investigativas tendientes a esclarecer la ocurrencia o no de un ilícito, sin embargo, en el momento en el que revela su conducta, -bien sea por un allanamiento o por otra actuación-, inexorablemente habilita al interesado para ejercer el derecho de defensa cuestionando la legalidad de lo hasta el momento actuado.

5. Actuaciones reservadas en el proceso penal.

La Ley 906 de 2004 materializa el carácter acusatorio del proceso penal disponiendo que

durante todas las etapas debe impartirse la debida publicidad a las actuaciones que ejecutan los intervinientes. Esta garantía constitucional no solo facilita el derecho de las personas imputadas a acceder a la información necesaria para ejercer correctamente su defensa, sino también concreta el derecho de la comunidad en general a asistir y tener conocimiento de las actuaciones que se realizan en las audiencias.

En concordancia con esta línea de pensamiento, el Código de Procedimiento Penal radicó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y del respectivo Secretario del despacho, el deber de conservar los registros y audiencias que se practiquen en el proceso, esto con el fin de que las partes y terceros que a bien lo deseen, tengan pleno conocimiento de las actuaciones que en ellas se realizaron. Sobre el particular el parágrafo único del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, manifiesta:

“La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros”.

Igualmente el numeral segundo de esta misma disposición, buscando materializar el derecho a conocer lo debatido en el proceso penal, dispuso que: “en las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada”.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 906 de 2004 establece que:

“la actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación” (Negrilla y subraya fuera texto).

En desarrollo de lo anterior, el Código de Procedimiento Penal en los artículos 150 y siguientes restringió la publicidad de ciertas audiencias por motivos de orden público, seguridad nacional, respeto a las víctimas, imparcialidad o moral:

“Artículo 150. Restricciones a la publicidad por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública. Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública....

Artículo 151. Restricciones a la publicidad por motivos de seguridad o respeto a las víctimas menores de edad. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa....

Artículo 152. Restricciones a la publicidad por motivos de interés de la justicia. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa....”.

La Sala evidencia que la principal limitación que puede llegar a afectar la publicidad de un proceso penal son las audiencias de carácter reservado, las cuales son aquellas en las que se hace el control por parte del juez de garantías sobre allanamientos, registros e interceptaciones de comunicaciones. También las relacionadas con la autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales o en las que se decreta una medida cautelar sobre bienes del imputado en cuyo caso solo asiste el fiscal.

Todas estas audiencias y diligencias de carácter reservado tienen su origen en la “inherente prudencia” aplicable a las actuaciones penales, la cual a su vez es desarrollo de una interpretación sistemática de los artículos 2, 15, 28 y 74 Constitucionales, por cuanto el libre acceso de su contenido podría atentar contra el interés general y desarticular la lógica que inspira al proceso penal.

Téngase en cuenta adicionalmente que al limitarse el acceso a diversas fuentes de

información se restringe un derecho fundamental y por tanto, los requisitos que deben ser observados tanto por el juez como por el fiscal para avalar este tipo de medidas deben ser interpretados de manera restrictiva. Por tanto, “la autoridad pública sólo tendrá la posibilidad de negar el acceso a los documentos o diligencias cuando quiera que las mismas reúnan dichas condiciones y, esencialmente, justifiquen la reserva de la información”.[16]

Sobre la figura de la reserva en las actuaciones judiciales en materia penal, este Tribunal ha expresado lo siguiente:

“Dentro de las actuaciones judiciales la regla general es la aplicación del principio de publicidad y que, por tanto, la aplicación de la reserva tiene carácter restrictivo, pues debe estar definida claramente en la ley, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (...) Así pues, la restricción del acceso del público en general a un proceso judicial o a alguno de los componentes del expediente debe estar explícitamente definida en la ley. Tal regla, por supuesto, es muchísimo más exigente en lo que se refiere a las partes o intervinientes dentro del proceso, pues respecto de éstos el acceso a las piezas procesales constituye uno de los elementos básicos para hacer valer los derechos de contradicción y de defensa” [17].

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia T-920 de 2008 la Corte conoció de un caso con los siguientes supuestos de hecho: (i) fue practicada una diligencia de allanamiento en la residencia de un accionante sin dársele a conocer las razones que motivaban dicha actuación; (ii) el actor pretendió ejercer su derecho de defensa cuestionando las actuaciones del órgano acusador, (iii) sin embargo, la fiscalía negó el acceso del afectado a la audiencia del artículo 237, manifestando que por tratarse de una indagación preliminar dicho trámite se encontraba sujeto a reserva judicial. En dicha providencia este Tribunal afirmó lo siguiente:

“La Sala debe señalar que para cumplir con el requisito formal de la reserva de la carpeta y justificar la restricción del derecho de acceso a la información procesal, la Fiscalía debía explicar cuáles son las condiciones legales específicas o la etapa procesal en la cual se efectúa el descubrimiento de la evidencia física o de los elementos materiales probatorios de los cuales requería copia o, mejor, cuáles son las normas que limitan el principio de publicidad de los actos procesales, específicamente, aquellos que se efectúan durante la

indagación, y finalmente, teniendo en cuenta los argumentos de la segunda petición presentada por el actor, especificar por qué la orden de archivo de las diligencias mantiene la reserva de las evidencias y las actuaciones de la Fiscalía.

(...)

Es necesario que la Fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906, cuáles elementos se encuentran cobijados por la reserva y cuales no. De hecho, frente al caso concreto es necesario destacar que en la sentencia C-1154 de 2005 la Corte reconoció que debido a las implicaciones inherentes a las órdenes de archivo, dicha decisión no tiene carácter reservado sino que, por el contrario, debe ser comunicada a las partes, especialmente a las víctimas y al Ministerio Público cuando quiera que no exista indiciado conocido. También así, recordemos, conforme al artículo 267 debe concluirse que al indiciado se le debe comunicar el inicio de la indagación y, especialmente, éste tiene derecho a saber las condiciones bajo las cuales se efectúa un allanamiento y los argumentos que el juez de control de garantías aplicó para efectuar la revisión de legalidad de la actuación (art. 238 C.P.P.)”.

La sentencia en mención en su parte resolutive entre otras medidas decidió:

“ORDENAR, a la Fiscalía Quinta o aquella que en la actualidad sea competente para conocer de la indagación preliminar proceda a enterar al actor sobre las condiciones bajo las cuales se efectuó la revisión de legalidad del allanamiento.

ORDENAR, al Ministerio Público, a través del personero municipal que en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a verificar que respecto del presunto allanamiento del que fue objeto la vivienda del actor, se haya realizado, en debida forma, la audiencia de control de legalidad posterior contenida en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal[18]”.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, para este Tribunal es plausible que en ciertas etapas procesales se restrinja la publicidad de algunos procedimientos con el fin de garantizar el éxito de la investigación. Sin embargo, la existencia de este tipo de reservas en el proceso penal, no puede llegar al punto de hacer nugatorio el derecho de defensa de las partes.

6. Garantías legales en materia penal respecto de personas incurso en un procedimiento internacional.

6.1. Con fundamento en lo referido anteriormente, es claro que la Corte Constitucional y el máximo órgano de la jurisdicción penal han elaborado una completa teoría relativa a los deberes y derechos que tienen las personas directamente afectadas por un allanamiento adelantado por el ente acusador en Colombia. Cabe señalar que todas estas subreglas parten del supuesto que la Fiscalía General de la Nación es quien tiene los motivos y la competencia para adelantar la eventual investigación.

Sin embargo, cuando el juicio se ejecuta en otras latitudes, se debe analizar si los procedimientos y precedentes existentes en Colombia respecto al ejercicio del derecho de defensa pueden ser oponibles a las autoridades extranjeras que adelantan una investigación o diligencia en este país.

Al respecto, se debe precisar que en principio, la jurisdicción penal solo puede perseguir y juzgar los delitos cometidos en el territorio nacional, y solo excepcionalmente algunos cometidos en el extranjero. Sobre este punto el artículo 29 de la Ley 906 de 2004 establece: “corresponde a la jurisdicción penal la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna”. Por su parte el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal establece que: “las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por las conductas previstas en la ley penal como delito, serán adelantadas por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias”.

En este sentido, es claro que la Ley 906 solo puede ser aplicada a actuaciones que se estén adelantando en el territorio nacional. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala Penal ha manifestado[19]:

“Cuando la Constitución Política se refiere al territorio colombiano (Art. 101), está fijando el ámbito espacial sobre el cual tiene imperio el orden jurídico del Estado y el ejercicio de sus poderes. Más allá de esos hitos el derecho colombiano no tiene vigencia, como tampoco las autoridades nacionales ostentan poder, excepción hecha del conferido por normas internacionales; que el territorio es además una condición de la independencia del Estado,

de suerte que a partir de él, dentro de sus límites y sólo dentro de ellos, puede ejercer su autoridad y dominio.

(...)

Igualmente, la Corte Constitucional estableció en la sentencia SU-157 de 1999 respecto a la competencia territorial de la ley penal, lo siguiente:

“La competencia territorial exclusiva y plena de los Estados o la soberanía territorial, en lo que nos atañe, se concreta, por un lado en un aspecto positivo, esto es, en el poder jurídico reconocido al Estado para posibilitarle el ejercicio, en un espacio determinado, de las funciones que le son propias y para que realice actos destinados a producir efectos jurídicos. De otro lado, se concreta en un aspecto negativo; denominado por la doctrina como el exclusivismo o la facultad de excluir, en el territorio en que se ejerce, cualquier otra competencia estatal. Por consiguiente, en un territorio determinado, no se ejerce, en principio, más que una sola competencia estatal, por lo que las leyes no tienen vigor sino dentro del territorio del soberano que las dicta”.

En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa se materializa desde el momento en que la persona tiene conocimiento de que se está adelantando una investigación en su contra, y puede ejercerse bien sea con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, o a través de la asignación de un defensor. Sin embargo, en un procedimiento internacional en el cual el ente acusador solo ejerce la función de colaboración, el derecho de defensa debe principalmente manifestarse en el respectivo tribunal extranjero, de conformidad con las leyes del respectivo país, sin perjuicio del deber de garantizar que los trámites que se ejecuten en nuestro territorio cumplan con las garantías procesales establecidas en la legislación colombiana.

Sobre este último aspecto la Corte en sentencia C-677 de 2013 manifestó respecto al deber de darle al afectado el acceso a los elementos que fundamentan la investigación penal, lo siguiente:

“El artículo 8 del Tratado[20] de asistencia recíproca detalla la confidencialidad y las limitaciones al empleo de la información compartida. En primer lugar dispone que, conforme al ordenamiento jurídico de la Requerida, la Parte Requirente podrá solicitar que los

documentos tengan acceso restringido (...) la disposición no desconoce ningún derecho, teniendo en cuenta que la confidencialidad de la información tiene como límite el ordenamiento jurídico de la Parte Requerida lo que incluye, por supuesto, las facultades de quienes intervengan en las diligencias adscritas a la solicitud de asistencia”.

Así las cosas, es claro que en los eventos en los cuales se ejecuten medidas de cooperación internacional en el territorio colombiano, deben aplicarse las disposiciones de derecho interno respecto de las actuaciones que realice la fiscalía, en especial, tienen las autoridades el deber de informar a la parte requerida o a los eventuales afectados de la investigación, los motivos que originan dicha diligencia.

6.2. Con fundamento en lo referido anteriormente, se debe aclarar que si bien muchas de las garantías contempladas en la legislación colombiana no pueden ser aplicadas a procesos penales que se adelanten en otros países,[21] lo anterior no es óbice para que las autoridades colombianas admitan que sus nacionales se enfrenten a un proceso penal en otro país sin permitírseles ejercer algún tipo de defensa.

De esta forma y efectuando una interpretación sistemática de la constitución y el Código de Procedimiento Penal se evidencia que la misma Ley 906 garantiza el ejercicio de varios derechos fundamentales reconocidos en Colombia, aún cuando el juicio se adelante en otro país. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que independientemente de que se apruebe la extradición de un nacional, lo anterior no es óbice para que se desconozcan garantías elementales fundamentales, tales como son el principio de legalidad, y la prohibición de penas y tratos crueles:

“En todo caso, habida cuenta que de acuerdo con las normas punitivas de los Estados Unidos de América aplicables a los delitos por los que solicitó la extradición prevén como sanción hasta cadena perpetua, la cual está prohibida en Colombia (artículo 34 de la Constitución Política), le corresponde al Gobierno Nacional, en caso de que conceda la entrega requerida, condicionar la extradición a la conmutación de la misma, así como imponer las exigencias que considere oportunas para que se observe ese precepto constitucional, y a fin de que el solicitado no vaya a ser juzgado por un hecho anterior al que motiva la extradición (artículo 494 del Código de Procedimiento Penal), ni sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes[22]”, (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, el máximo tribunal de la jurisdicción penal ha afirmado que independientemente de que se adelante un proceso penal en otro país contra un colombiano, dicha acción no lo despoja de sus derechos a la nacionalidad y a mantener un contacto con su familia, motivo por el cual le corresponde al gobierno colombiano hacer estricto seguimiento del cumplimiento por parte del país requirente, de los condicionamientos atrás referenciados y establecer, así mismo, las consecuencias de su inobservancia[23]:

“La extradición de un ciudadano colombiano por nacimiento, cualquiera sea el delito que dio lugar a su entrega a un país extranjero, no implica que pierda su nacionalidad ni los derechos que le son anejos a tal calidad. Por tanto, el deber de protección de las autoridades colombianas se extiende a tal punto, que han de vigilar que en el país reclamante se le respeten los derechos y garantías tal como si fuese juzgado en Colombia. A lo que renuncia el Estado que accede a la entrega de un connacional es a ejercer su soberanía jurisdiccional, de modo que en tanto aquél siga siendo súbdito de Colombia, conserva a su favor todas las prerrogativas, garantías y derechos que emanan de la Constitución y la ley, en particular, aquellos que se relacionan con su calidad de procesado y que tienen que ver con la dignidad humana.

(...)

Es imperioso que el Gobierno Nacional haga las exigencias que estime convenientes para que en el país reclamante se le reconozcan todos los derechos y garantías inherentes a su calidad de colombiano y de procesado, en especial las contenidas en la Carta Fundamental, entre ellas la contenida en el artículo 42, según la cual, la familia es el núcleo central de la sociedad, motivo por el cual deberá permitirse a sus parientes mantener un contacto permanente”.

Así las cosas, para esta corporación es claro que el Estado colombiano mediante sus diferentes órganos, como la Cancillería y el Ministerio Público, tienen el deber de garantizar que sus nacionales se les someta a un juicio con un mínimo de garantías penales acorde a su calidad de ciudadanos colombianos.

7. Caso concreto.

7.1. El señor Siervo Elías Prieto Salas considera que se vulneraron sus garantías constitucionales por impedírsele ejercer su derecho de defensa. Esto por cuanto las entidades accionadas se abstuvieron de entregarle los CD de la audiencia reservada de legalización de allanamiento llevada a cabo en su vivienda el día 23 de agosto de 2013, e igualmente se negaron a expedir copia de la investigación y documentos que fueron aportados por el gobierno Australiano para la respectiva diligencia.

Por su parte, la Fiscalía 93 de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico de Bogotá y el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio manifiestan que en ningún caso desconocieron los derechos fundamentales del accionante ya que no existe una investigación en contra del actor adelantada en Colombia, y en este sentido, afirman que si el ente acusador no está indagando la ocurrencia de un delito, la persona no puede cuestionar sus actuaciones.

Los jueces de tutela de primera y de segunda instancia negaron la protección invocada al considerar que no se evidenció ninguna irregularidad en las decisiones adoptadas, ya que la Fiscalía sólo operó como ejecutor de una medida de cooperación internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si es constitucionalmente admisible que el señor Siervo Elías Prieto Salas pueda cuestionar el allanamiento a su morada ordenado por las autoridades australianas.

7.2. De conformidad con lo referido en la parte considerativa de esta providencia, quien tenga conocimiento de la existencia de una actuación penal en su contra está facultado para defenderse incluso durante la etapa de indagación. Lo anterior es apenas lógico si se tiene en cuenta que ni la Constitución ni los tratados internacionales de derechos humanos han establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de contradicción.

Sin embargo, se debe precisar que la garantía constitucional a la defensa contiene una gran variedad de facetas que no pueden ejercerse desconociendo la existencia de un orden procedimental. Al respecto vale la pena aclarar que este derecho solo puede manifestarse dependiendo de: (i) la etapa en la que se encuentre la actuación; (ii) la titularidad para ejercerlo y, (iii) la competencia de la autoridad ante la cual se está solicitando.

En relación con el primer punto, es decir, sobre la posibilidad de ejercer el derecho de

defensa dependiendo de “la etapa en la cual se encuentre la actuación”, se debe precisar que el sistema penal acusatorio se caracteriza por la existencia de diferentes fases temporales en los cuales tanto el órgano acusador como el imputado están facultados para ejercer varias prerrogativas. De ese modo, no puede considerarse una violación a la garantía de contradicción no dar trámite a una petición procesalmente improcedente, como lo sería, a modo de ejemplo, interponer el recurso extraordinario de casación contra la decisión que impone una medida de aseguramiento.

Sobre la posibilidad de debatir aspectos que aún no corresponden a la etapa procesal vigente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

“la demanda que pretenden extender la audiencia de control de legalidad a ciertos fines que procesalmente le son impropios, como por ejemplo, discutir sobre la motivación, conducencia y pertinencia de la prueba, cuando, se reitera, desde el punto de vista del proceso adversarial aún no hay prueba y más allá de que en el ejercicio investigativo se interfiera razonablemente en los derechos fundamentales del accionante, por ejemplo en su intimidad, no puede obligarse a anticipar un debate sobre factores que son ajenos a la afectación de la citada garantía sino que giran sobre puntos que en el probable futuro guiarán las tesis propositivas o defensivas de las partes”[24].

Igualmente, y en relación a la “titularidad para ejercer el derecho a la defensa”, se debe precisar que el proceso penal se caracteriza por la existencia de un número limitado de intervinientes que están facultados para ejercer cierto tipo de derechos, los cuales son principalmente el fiscal, el acusado y su defensor. Bajo esta lógica, sería improcedente cualquier recurso judicial que no fuese interpuesto por los sujetos procesales facultados correspondientes.

Al respecto, la sentencia T-293 de 2013 precisó respecto a la titularidad del Ministerio Público para solicitar una medida de aseguramiento lo siguiente:

“Si bien, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, los agentes del Ministerio Público desarrollan una función importante en defensa de la legalidad y de los derechos de las víctimas y del procesado, tal papel no pudo conducir a remplazar al fiscal. Tampoco podía hacerlo ante la falta de solicitud expresa de la víctima, como quiera que la norma legal no autoriza al Ministerio Público a solicitar medidas de aseguramiento, en

ningún evento, ni siquiera cuando la víctima no lo haga. Su función de interviniente, aunque principal, no permite que el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales como ministerio público, le lleve a actuar como ente acusador”.

Por último, es indispensable destacar la competencia de la autoridad ante la cual se está ejerciendo el derecho de defensa como presupuesto esencial para desplegar dicha garantía. Sobre este punto, debe resaltarse que tratándose de procedimientos de carácter transnacional en los cuales la fiscalía ejerce funciones de cooperación, es indispensable que se den las mínimas garantías constitucionales al afectado en sede interna para cuestionar la actividad del país requeriente.

Así las cosas, y de conformidad a lo anteriormente expuesto, el señor Siervo Elías Prieto Salas estaba legitimado para solicitar las copias de la investigación adelantada por las autoridades australianas, así como para intervenir en la audiencia de legalización de allanamiento en calidad de “eventual indiciado”. Esto por la sencilla razón de que si bien formalmente la fiscalía manifestó que el actor no está siendo investigado por ningún ilícito, la Sala evidencia que las pruebas obrantes en el expediente permiten inferir que el ente acusador al igual que la policía australiana consideran que el señor Siervo Elías Prieto Salas participó en la realización de los crímenes por los cuales se investiga a sus hijos[25].

Para la Corte es claro, que los elementos sustraídos de la vivienda del actor en el allanamiento realizado el día 22 de agosto de 2013, pueden ser eventualmente empleados en contra del señor Siervo Elías Prieto Salas, bien sea en una investigación que adelanten las autoridades australianas, o en un proceso penal que inicie la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas, este tribunal no comparte ese status que la Fiscalía le dio al señor Siervo Elías Prieto Salas de “mero titular de derecho de dominio”, y por el contrario, evidencia la existencia de una posible investigación en contra del peticionario. Por estas razones levantará la reserva de información que sustentó el allanamiento a la morada del actor, y en consecuencia ordenará a las entidades demandadas que remitan los audios contentivos de la diligencia llevada a cabo el 23 de agosto de 2013 por el Juzgado 35 Penal Municipal con Función de Garantías, al igual que las copias de la comisión rogatoria y demás documentos que dieron cuenta de la actuación desplegada para el cumplimiento de la

asistencia judicial.

Igualmente y ante la situación de eventual interferencia relativa a las garantías constitucionales del actor por parte de un acuerdo de colaboración adelantado por nuestro país con el gobierno de Australia, ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores, y al Ministerio Público que concurren a la protección de los derechos fundamentales del señor Siervo Elías Prieto Salas en el eventual proceso penal que se adelanta en el extranjero.

7.3. Ahora bien, en relación con el segundo problema que la Sala debe resolver, relativo a si el accionante puede cuestionar el allanamiento a su morada ordenado por las autoridades australianas, la Sala advierte, que de conformidad a lo expuesto en el numeral 4.1. de esta providencia el derecho de defensa se puede ejercer en la audiencia de legalización de allanamiento bajo dos perspectivas. La primera cuando se tiene la calidad de imputado o al menos de indiciado, mediante el derecho a asistir con su respectivo apoderado a la audiencia del artículo 237 del Código de Procedimiento Penal. Y la segunda, cuando se tiene la calidad de titular del derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia, solicitando de conformidad al artículo 231 de la Ley 906 la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida.

Para la Corte el señor Siervo Elías Prieto Salas está legitimado para cuestionar en sede interna la audiencia de allanamiento adelantada el día 23 de agosto de 2013 por la Fiscalía General de la Nación, debido a que del material probatorio obrante en el expediente se evidencia que tanto las autoridades australianas como la Fiscalía consideran que el actor es partícipe de los delitos cometidos en el extranjero.

Así las cosas, el señor Siervo Elías Prieto Salas posee el estatus de “indiciado no imputado” de conformidad al artículo 237 del código de procedimiento penal, y en este orden de ideas, en virtud de la ley colombiana, puede solicitar la exclusión de los referidos elementos.

Al respecto vale la pena traer a colación lo manifestado por este Tribunal en la sentencia C-406 de 1999[26], en la cual se advirtió que la asistencia internacional en materia penal se debe prestar sin que ello lleve a la afectación injustificada de los derechos fundamentales y demás preceptos consignados en la Carta Política. Allí se consideró lo siguiente:

“La asistencia judicial, como se ha dicho, es un mecanismo de cooperación entre Estados. Los límites a dicha cooperación están dados por el respeto a los derechos de las personas eventualmente afectadas. (...) la colaboración tiene como base la observancia de las normas constitucionales, legales y administrativas de cada régimen interno y el respeto a los principios generales del derecho internacional”.

Tal y como se explicó anteriormente el accionante, materialmente tiene la calidad de indiciado y por tanto tiene la facultad de participar por intermedio de su apoderado en la audiencia de legalización de allanamiento, esto por cuanto el control de legalidad constituye una garantía para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso. Por ende, si se trata de un instrumento tendiente a salvaguardar un derecho constitucional, quienes estén llamados a su defensa, no pueden ser excluidos cuando se encuentren en situación de igualdad con respecto a quienes están legitimados para invocar la especial protección.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR, por las razones contenidas en esta providencia, los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales denegaron la acción de tutela presentada por el señor Siervo Elías Prieto Salas. En su lugar, CONCEDER la protección a los derechos fundamentales invocados.

Segundo. ORDENAR, como se estableció en este fallo, al Ministerio de Relaciones Exteriores, y al Ministerio Público para que concurren a la protección de los derechos fundamentales del Siervo Elías Prieto Salas en el proceso penal que posiblemente se adelanta en Australia. Procederán a efectuar las gestiones que sean necesarias para definir si se adelanta alguna investigación penal en su contra y le informarán los recursos y derechos de los que dispone.

Tercero. ORDENAR, al Juzgado 35 Penal Municipal de Garantías de Bogotá, y al Ministerio

Público, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia procedan a realizar nuevamente la audiencia de control de legalidad del artículo 237, esta vez en presencia del actor y su apoderado, esto con el fin de verificar que el allanamiento del que fue objeto la vivienda del señor Siervo Elías Prieto Salas, se haya realizado, en debida forma.

Cuarto. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ANDRÈS MUTIS VANEGAS

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Según las pruebas obrantes en el expediente los dos actualmente detenidos en el exterior.

[2] Sentencia C-617 de 1996.

[3] Sentencia T-1005 de 2005.

[4] Sentencia C-799 de 2005.

[5] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 184, inciso final, 230, numeral 1 y 445 (parcial) de la Ley 906 de 2004.

[6] Sentencia C-519 de 2007.

[7] Sentencia C-519 de 2007, en donde la Corte declaró INEXEQUIBLE el numeral 4° del artículo 230 de la ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento “4. Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado.”

[8] Nótese que el numeral 4° objeto de la demanda, no indica que, en lo pertinente, el registro y allanamiento se lleven a cabo para lograr la captura del requerido, sino “con ocasión de” (se resalta en negrilla).

[9] C-519 de 2007.

[10] (1) Excepciones constitucionales expresas: (a) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia se refugia en domicilio propio (artículo 32 CP); (b) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio ajeno, para lo cual se debe haber requerido previamente al morador (artículo 32 CP); (c) El allanamiento ordenado y practicado por los fiscales, de conformidad con lo que establece el artículo 250, numeral 3. (2) Excepciones de origen legal - allanamientos administrativos, practicados por la autoridad señalada en la ley y respetando los requisitos previstos en la misma: a) Para inspeccionar lugares abiertos al público (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82); b) Para cumplir funciones de prevención y vigilancia en actividades sometidas a la inspección, vigilancia e intervención del Estado, “por razones de interés general”, “cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal c)”;

como por ejemplo por motivos de salubridad pública; d) Para “capturar a quien se le haya impuesto (...) pena privativa de la libertad (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal a)”;

e) “Para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso” en desarrollo del principio de solidaridad social y de la protección a la vida e integridad personal de los asociados (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal b); f) Para obtener pruebas “sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal d)”;

e) Para indagar sobre “maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto,

energía eléctrica, teléfonos (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal e)”; g) Para “practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal f)”; h) Para “examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad (Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal g)”. i) Por razones del servicio - previa autorización del dueño o cuidador del predio rústico cercado (Decreto 1355 de 1970, Artículo 84); j) Para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989, Artículo 43). k) En establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas de infracciones tributarias fueran alteradas, ocultadas o destruidas como desarrollo legal contenido en el Estatuto Tributario (Ley 383 de 1997, artículo 2); l) En situaciones de “imperiosa necesidad” reguladas en el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83): (i) “Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio” situación en la que se entiende que hay un consentimiento tácito para el ingreso (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 1); (ii) “Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro” por tratarse de una situación de peligro objetivo (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 2); (iii) “Para dar caza a animal rabioso o feroz”, por tratarse de una situación de peligro objetivo (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 3; (iv) “Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas” (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 4). y (v) “Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos” (Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 5).

[11] Sentencia T-572 de 2009. En esta ocasión se trataba de constatar el supuesto estado de abandono en que se encontraba un niño con este fin se realizó una diligencia de allanamiento a su lugar de residencia. La Sala de Revisión N° 8 señaló al respecto: “(...) la diligencia de allanamiento y rescate no podía haber sido decretada por cuanto no se contaba con el material probatorio necesario para ello. En efecto, los informes de policía judicial no son prueba, con lo cual se precisaba de mayores elementos de juicio para decretar la medida.

[12] Artículo 155 ley 906 de 2004. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

[13] Sentencia C -025 de 2009.

[14] Una de las especificidades del sistema acusatorio colombiano es el lugar que ocupa el Ministerio Público. El artículo 109 de la Ley 906 de 2004 establece la intervención de este organismo en el proceso penal en los siguientes términos: “El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales”.

[15] Proceso No 30711, Bogotá D.C., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Mayo (27) de dos mil nueve.

[16] Sentencia T-920 de 2008.

[17] Sentencia T-920 de 2008.

[18] Cfr. Sentencia T-920 de 2008.

[19] Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso n.º 29877 Bogotá, D.C., primero de agosto de dos mil once.

[20] “Artículo 8 del Tratado entre la República de Colombia y la Federación de Rusia sobre asistencia legal recíproca en materia penal aprobado por la Ley 1596 del 21 de diciembre de 2012. “1. A petición de la Autoridad Central de la Parte Requirente, la Parte Requerida, de conformidad con su ordenamiento jurídico, asegurará la confidencialidad del hecho de la recepción de la solicitud de asistencia legal, su contenido y cualquier actuación emprendida conforme a la misma, salvo que su levantamiento sea necesario para ejecutar la solicitud. Si para la ejecución de la solicitud fuere necesario el levantamiento de la reserva, mediante comunicación escrita, la Parte Requerida pedirá aprobación a la Parte Requirente. Sin dicha autorización, la solicitud no se ejecutará. 2. La Parte Requirente no

usará ninguna información o prueba obtenida en el marco del presente Tratado para fines distintos a los indicados en la solicitud de asistencia legal, sin previa autorización de la Parte Requerida. 3. En casos particulares, si la Parte Requirente necesitare divulgar y utilizar, total o parcialmente, la información o pruebas para propósitos diferentes a los especificados, solicitará la autorización correspondiente a la Parte Requerida, la que podrá acceder o denegar, total o parcialmente, lo solicitado.”

[21] Lo anterior, por la sencilla razón de que ni la ley, ni la jurisprudencia colombiana en virtud del principio de territorialidad pueden surtir efectos en otros países.

[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N° 42976, Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N° 42976, Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P, Javier Zapata Ortiz Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012).

[25] Sobre el particular, a folio 49 del cuaderno principal la fiscalía manifiesta que “la policía de Nueva Gales del Sur (NSWP), estableció que los ciudadanos Colombianos investigados, al parecer habían utilizado pasaportes falsos, para ingresar y salir de Australia, con los nombres de Federico Fernández Hernández y Jesús López Hernández; pasaportes que eran al parecer preparados por los padres señores Siervo Elías Prieto salas y Gloria Torres Gaitán”.

[26] Revisión de la Ley 479 de 1998, Por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre la República de Colombia y la República del Perú, sobre asistencia judicial en materia penal”, suscrito en la ciudad de Lima el doce (12) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994)”.