

Sentencia C-210/07

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL-Límites

Las normas que imponen el establecimiento de cargas procesales, la limitación de los derechos de acción y de acceso a la justicia, la remoción de alternativas procesales, entre otras decisiones legislativas, resultan válidas constitucionalmente si: i) las medidas tienen como objetivo y resultan adecuadas para la defensa de derechos y garantías sustanciales y la protección de principios y valores constitucionales, ii) las medidas son proporcionadas entre los derechos y garantías sustanciales que protegen y, al mismo tiempo, entre los que restringen.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS A LA REPARACION INTEGRAL POR CONDUCTA PUNIBLE-Fundamento Constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Legislator debe respetar principios básicos de defensa, contradicción y protección a las víctimas del delito

En la configuración de las etapas del proceso penal, los derechos de las víctimas tienen relevancia constitucional y, por consiguiente, el legislador debe respetar principios básicos de defensa, contradicción y protección a las víctimas del delito para que, entre otros asuntos, se garantice el derecho a la indemnización integral del daño. En otras palabras, la libertad legislativa para diseñar el proceso penal no puede ser tan amplia que afecte o restrinja irrazonablemente los derechos de los perjudicados por el hecho punible que corresponde investigar al Estado.

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO PENAL-Legitimación para solicitarlas

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Funciones

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO PENAL-Solicitud por el Ministerio Público cuando víctimas son menores de edad o incapaces

i) La demanda parte del hecho de que la ley otorga un trato jurídico distinto a quienes se encuentran en la misma situación fáctica (todos son víctimas del delito). En efecto, se trata de comparar a las víctimas menores de edad e incapaces con aquellas víctimas mayores de edad, pues se quiere que, en todos esos casos, pueda intervenir el Ministerio Público para solicitar las medidas cautelares sobre bienes. Sin embargo, es razonable que la ley establezca un trato favorable para un grupo vulnerable de la población, quienes por su propia naturaleza, se encuentran en situación de debilidad manifiesta no sólo para tomar la decisión sobre su representación judicial en el proceso, sino también para comprender la mecánica necesaria para proteger sus derechos. ii) La medida que se reprocha consagra un típico caso de discriminación positiva, como quiera que consagra un mecanismo de protección reforzada y diferente con justificación constitucional. De hecho, la Corte ha manifestado que, a pesar de que la edad puede ser tenido como un “criterio sospechoso” de discriminación, también puede resultar un criterio de trato favorable con fundamento constitucional. iii) Finalmente, como se dijo anteriormente, la norma parcialmente acusada no deja sin protección legal a las víctimas mayores de edad, puesto que, además de que ellas pueden intervenir para solicitar las medidas cautelares, el Fiscal de la causa es el principal obligado a defender los intereses de la víctima y a solicitar las medidas judiciales pertinentes para la reparación integral de los daños causados con la conducta punible. Por consiguiente, ese trato jurídico diferente no desampara el derecho constitucional a la indemnización plena del daño. Por todo lo anterior, la Sala concluye que, dentro de la libertad de configuración normativa, el legislador no vulnera la Constitución al autorizar al Ministerio Público a solicitar el embargo y secuestro de bienes en el proceso penal únicamente a favor de los menores de edad e incapacitados.

CONFLICTO DE DERECHOS O PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Aplicación de los métodos de ponderación

JUICIO DE PONDERACION EN MEDIDAS CAUTELARES DE PROCESO PENAL-Aplicación para resolver tensión entre derecho de propiedad del imputado y derecho de las víctima a asegurar la indemnización de perjuicios por el delito

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO PENAL-Prohibición de enajenar bienes del imputado no es desproporcionada/**MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO PENAL**-Levantamiento

En el caso objeto de análisis se tiene que la prohibición para que el imputado enajene bienes sujetos a registro durante los 6 meses siguientes a la formulación de la imputación, tiene objetivos constitucionalmente admisibles. En el mismo sentido, la Sala considera que el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, consagra una medida idónea y necesaria para lograr los objetivos constitucionales propuestos. Efectivamente, la prohibición de enajenar

bienes de propiedad del imputado durante un tiempo o bajo circunstancias que establece el legislador, es adecuada para alcanzar proteger los derechos económicos de las víctimas y para asegurar el pago de la indemnización ordenada por el juez penal. De igual manera, la Sala considera necesaria la medida adoptada, en tanto que rodea de garantías de eficacia a la condena civil en el proceso penal. Finalmente, la Corte considera que la norma acusada es proporcional en sentido estricto, porque no sacrifica valores, principios o derechos de mayor peso constitucional que el derecho y deber del Estado a la reparación económica del daño causado a la víctima con el delito, ni restringe gravemente el derecho a la propiedad. La lectura sistemática de la norma acusada muestra que la prohibición de enajenar bienes del imputado no es una limitación absoluta ni desde el punto de vista cronológico ni desde su perspectiva material. Así, la medida tiene una duración de 6 meses, término razonable para limitar el derecho a la propiedad. Pero, puede levantarse por el juez si antes de cumplirse el plazo se presentan cualquiera de las siguientes tres condiciones, a saber: i) cuando el imputado garantiza la indemnización de perjuicios, ii) cuando haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia y, iii) cuando se requieren operaciones mercantiles sobre los bienes del imputado sujetos a registro, cuando aquellas son necesarias para el pago de los perjuicios (artículo 98 de la Ley 906 de 2004). Visto lo anterior, es fácil concluir que la prohibición de enajenar contenida en el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, no resulta desproporcionada ni arbitraria respecto de los derechos del imputado.

EJERCICIO DE LA PROPIA DEFENSA TECNICA EN PROCESO PENAL-Imposibilidad de ejercerla no resulta inconstitucional

La disposición acusada no incluye la hipótesis que fue prevista expresamente en el artículo 127 de la Ley 600 de 2000, que autorizaba al sindicado, que fuere abogado titulado y que estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, adelantar su propia defensa. No obstante, esa exclusión no significa, por sí misma, que la norma acusada resulte inconstitucional, por los siguientes tres motivos: El primero, porque la norma se refiere a la defensa técnica y no a la defensa material del imputado, lo que muestra que lejos de afectar el derecho de defensa del investigado lo desarrolla. El segundo, porque en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa para establecer las reglas del proceso penal, el legislador tiene la autorización para valorar la oportunidad y conveniencia de la exclusión de la defensa técnica propia. Resulta indiscutible que, en casos de detención de la libertad del imputado, el derecho de defensa podría resultar claramente afectado si se autoriza la defensa personal del investigado que, por su condición de privación de la libertad, le es imposible acudir a la fuente de la prueba. Por consiguiente, se entiende que con la norma acusada el legislador quiso dar mayor relevancia al derecho a la defensa técnica en el proceso penal que encuentra pleno respaldo constitucional. El tercero, porque la regla general en el actual constitucionalismo colombiano es la garantía de la defensa técnica para el investigado en el proceso penal, de ahí que las

medidas legislativas dirigidas a efectivizar dicha garantía no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan.

DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TECNICA-Distinción

DERECHO DE DEFENSA-Núcleo esencial

DERECHO DE DEFENSA-Para su ejercicio no tiene límite temporal

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Concepto

DEFENSOR EN PROCESO PENAL-Oportunidad para la designación

Como bien lo afirma la Vista Fiscal, la interpretación sistemática del artículo 119 de la Ley 906 de 2004, muestra que la defensa podrá designar abogado: i) desde el momento en que se adelanta la captura, ii) desde la formulación de la imputación, iii) desde la primera audiencia a la que fuere citado y, iv) desde la comunicación que la Fiscalía hace cuando se inicia una investigación penal. Además de lo anterior, el propio Código de Procedimiento Penal señala casos expresos en los que, antes de la imputación y sin que sea relevante la captura, se requiere de la presencia del defensor del indiciado en las diligencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías, so pena de anulación de la diligencia por violación del debido proceso. Incluso, respecto de la “igualdad de armas procesales” antes de la imputación, el Código de Procedimiento Penal otorga amplias facultades de defensa en el recaudo y embalaje de la prueba. El anterior análisis sistemático del tema muestra, entonces, que contrario a lo sostenido por el demandante, el ejercicio de la defensa técnica se inicia desde el primer acto procesal con el que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible. En consecuencia, resulta equivocado sostener que, por el hecho reprochado en la demanda, el investigado no tuvo tiempo para ejercer su derecho a la defensa, ni que la norma acusada consagra una desigualdad de trato jurídico respecto de la oportunidad para ejercer la defensa.

**CLAUSULA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA-
Condiciones que deben evaluarse para su aplicación**

**ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO-Facultad de carácter reglado, excepcional y restringido**

**ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO-Control de legalidad**

**PRUEBA ILICITA EN DILIGENCIA DE REGISTRO Y
ALLANAMIENTO-Norma que otorga efectos jurídicos a material**

probatorio y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal es inconstitucional/**CLAUSULA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA EN DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO**-Posibilidad de informar a la autoridad competente sobre la existencia de los elementos hallados

Si un juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente. La prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional. Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación. Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal. De todas maneras, es importante advertir que la prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación.

CLAUSULA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA-Alcance

Contrario a lo expresado por el Fiscal General de la Nación, en ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla

constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Posibilidad de las víctimas y Ministerio Público de controvertir los fundamentos aducidos por la Fiscalía para aplicarlo/**INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**-Interpretación equivocada de disposición acusada

La Sala comparte la conclusión a la que llegaron algunos de los intervinientes en este proceso: que el cargo formulado por el demandante contra el artículo 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004, se funda en un entendimiento literal y errado de la disposición impugnada, de tal forma que no existe cargo de inconstitucionalidad porque los reproches están cimentados en una interpretación subjetiva de la norma. En efecto, es cierto que la expresión acusada únicamente contempla la posibilidad de que la víctima y el Ministerio Público controviertan las pruebas aducidas por la Fiscalía para sustentar la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, esa regla no quiere decir que aquellos no puedan referirse a los fundamentos jurídicos en que se apoya la Fiscalía, pues resulta evidente que, en este asunto, no se debate la existencia de una situación fáctica aislada del caso que se pretende resolver, sino de controvertir hechos jurídicamente relevantes. De ahí que la facultad legal para contradecir las pruebas traídas por la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad, inmediatamente supone la autorización para analizar los elementos de derecho estructurales en la controversia de la prueba. En otras palabras, la conducta humana sólo es relevante en el proceso penal si puede calificarse como típica, antijurídica y culpable, esto es, el hecho tiene relevancia en el proceso penal cuando se confronta con la norma jurídica. Entonces, a pesar de que si bien al momento de admitir la demanda, se encontró que la disposición acusada podría plantear un verdadero cargo de inconstitucionalidad, lo cierto es que el examen detenido del mismo, asunto que corresponde a la sentencia y no al auto admisorio de la demanda, evidenció que la controversia presentada por el demandante, no obedece a una interpretación que se deriva de la norma acusada sino de la lectura subjetiva que de ella hace el demandante. Al no encontrar cargo de inconstitucionalidad respecto de la norma parcialmente acusada, la Sala se declarará inhibida para conocer de fondo el asunto formulado.

Referencia: expediente D-6405

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 92 (parcial), 97, 118, 119 (parcial), 232 (parcial) y 327 (parcial) de

la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”.

Actor: Guillermo Otálora Lozano

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY
CABRA

Bogotá D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Guillermo Otálora Lozano demandó la totalidad de los artículos 97 y 118 y algunos apartes de los artículos 92, 119, 232 y 327 de la Ley 906 de 2004.

Mediante auto del 31 de julio de 2006, el Magistrado Ponente resolvió admitir la demanda formulada contra las disposiciones señaladas.

1. Normas demandadas

A continuación se transcriben las normas acusadas contenidas en la Ley 906 de 2004, pero se subrayan y resaltan los apartes demandados:

*“Ley 906 de 2004
(31 de agosto)*

*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal
(...)*

Artículo 92. Medidas cautelares sobre bienes. El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas

cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

La víctima directa acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. El juez, una vez decretado el embargo y secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando las medidas afecten un bien inmueble que esté ocupado o habitado por el imputado o acusado, se dejará en su poder a título de depósito gratuito, con el compromiso de entregarlo a un secuestre o a quien el funcionario indique si se profiere sentencia condenatoria en su contra.

*Parágrafo. **En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces**, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.*

Artículo 97. Prohibición de enajenar. El imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia.

Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la audiencia correspondiente. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del juez será nula y así se deberá decretar.

Para los efectos del presente artículo el juez comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

Lo anterior sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer, personalmente o por intermedio de abogado dentro de una audiencia preliminar que deberá proponerse, para ese único fin, desde la formulación de la imputación hasta antes de

iniciarse el juicio oral, con base en los motivos existentes al tiempo de su formulación. El juez que conozca del asunto resolverá de plano.

CAPITULO II

Defensa

Artículo 118. Integración y designación. La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Artículo 119. Oportunidad. La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado.

El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía.

CAPITULO II

Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización

Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física¹ que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

TITULO V

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

¹ Inicialmente, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal disponía que “los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor...”. El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005.

*Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir **la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión**. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno.*

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

2. La demanda

En primer lugar, el demandante afirmó que el aparte subrayado del **artículo 92 de la Ley 906 de 2004** vulnera los artículos 2º, 6º, 13 y 93 de la Constitución Política. En su opinión, el legislador consideró que el Ministerio Público sólo puede defender los derechos de los menores e incapaces, con lo cual no sólo se desconoce que la Constitución obliga al Estado a proteger a todas las personas residentes en Colombia, sino que se incluye una diferenciación injustificada en detrimento de sectores en situación de desprotección.

En este sentido, dijo, que la disposición normativa acusada desprotege a aquellos mayores de edad cuyos derechos pueden resultar vulnerados o amenazados en razón, por ejemplo, de la carencia de recursos económicos para una adecuada defensa, que muestra la incapacidad para solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado. En otras palabras, el actor sostiene que la intervención de la Procuraduría General de la Nación para solicitar medidas cautelares a favor de las víctimas resulta indispensable en todos los procesos.

En cuanto al **artículo 97 de la Ley 906 de 2004**, que prohíbe al imputado enajenar bienes sujetos a registro durante los 6 meses siguientes a la formulación de la imputación, el demandante manifestó que limita desproporcionadamente los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la propiedad privada y los derechos adquiridos del imputado. En su opinión, el legislador estableció una prohibición general y absoluta que impide consultar la finalidad perseguida en cada caso concreto. En efecto, el demandante considera que la medida es desproporcionada, de un lado, porque obliga a los imputados a renunciar a sus derechos patrimoniales y, de otro, porque los discrimina respecto de las demás personas que sí están en posición de enajenar sus bienes.

De igual manera, el demandante considera que la norma acusada afecta el libre desarrollo de la personalidad del imputado, en tanto que, sin que exista una sentencia condenatoria, no puede actuar libremente en el mercado como

parte integral de su plan de vida. Por esta misma razón, concluye la demanda, que la norma acusada desconoce el principio de buena fe porque presume que el imputado se insolventará para no responder por su conducta.

En relación con el artículo **118 del Código de Procedimiento Penal**, el actor considera que la disposición impide la defensa personal del imputado, con lo cual se desconocen los artículos 29 de la Carta y 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 15.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. A su juicio, la Constitución garantiza al imputado su derecho a la propia defensa, sea abogado o no, lo cual es desconocido por la norma impugnada.

De otra parte, el actor considera que las expresiones demandadas **del artículo 119 de la Ley 906 de 2004**, que se refieren a la defensa técnica desde la formulación de la imputación o desde la primera audiencia a la que fuere citado el indiciado, desconoce los artículos 13, 29, 93 y 229 de la Carta, en tanto que el imputado sólo tiene derecho a un defensor a partir de la primera audiencia y no se le garantiza la defensa en diligencias anteriores a ella.

En este sentido, dijo que los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regulan los derechos del imputado en el proceso penal a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para su defensa en situaciones de igualdad (principio de igualdad de armas). Agrega que la Corte Constitucional, en Sentencia C-799 de 2005, estableció que el derecho a la defensa se ejerce desde el momento de la iniciación de la investigación y no solamente cuando se adquiere la calidad de imputado. Por consiguiente, según criterio del actor, el artículo 119 en comento es inconstitucional, toda vez que el imputado debe contar con un defensor, no sólo desde la primera audiencia sino antes de ella, pues de lo contrario el imputado no tendría un plazo razonable para la preparación de la audiencia ni para recaudar el material probatorio necesario para garantizar su derecho de defensa y el proceso debido en las etapas pre-procesales.

En consecuencia, el demandante dice que si en casos en los que no hay captura, la primera audiencia en el proceso penal es la de la formulación de imputación ante un juez de control de garantías, en la cual se toman decisiones referidas a la libertad del sindicado, es fundamental que se hubiere designado defensor previamente con el fin de preparar una defensa adecuada con una comunicación plena entre abogado y cliente.

De otra parte, el actor afirmó que la expresión del **artículo 232 de la Ley 906 de 2004 impugnada**, referida a la utilización de las pruebas provenientes de registros o allanamientos declarados nulos para fines de la impugnación, vulnera el artículo 29 de la Carta, en cuanto permite que algunas pruebas obtenidas con violación al debido proceso sean consideradas en una actuación

dentro del proceso penal, lo cual es, a todas luces, inconstitucional, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005.

Finalmente, el demandante dijo que la expresión acusada contenida en el **artículo 327 de la Ley 906 de 2004**, según la cual la víctima y el Ministerio Público sólo podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar la aplicación del principio de oportunidad, desconoce los artículos 2º, 6º, 13 y 93 de la Constitución Política. A su juicio, la norma acusada no permite controvertir “(i) la adecuación de los hechos alegados a las causales establecidas en la ley, (ii) la sujeción a la política criminal del Estado, (iii) la consideración de sus intereses y (iv) la posible afectación de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en la decisión que toma el Fiscal sobre la aplicación de la principio de oportunidad”.

Por todo lo anterior, el actor solicitó que se declare la inexecutable de los artículos 97 y 118 y de las expresiones acusadas de los artículos 92, 119, 232 y 327 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, dijo que, en caso de que no se acceda a esas peticiones, como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare la inexecutable condicionada de dichos artículos, así: (i) del artículo 97 “en el entendido que la prohibición de enajenar bienes no se aplicará de forma automática, sino cuando el Fiscal lo solicite y el juez de control de garantías pueda inferir razonablemente, a partir de las pruebas que tenga a su disposición, que el imputado o sindicado se insolventará en desmedro de los derechos de las víctimas”, (ii) del artículo 118 “en el entendido que también se permite al imputado defenderse personalmente si así lo desea” y (iii) la expresión contenida en el artículo 119, “en el entendido que cuando la Fiscalía resuelva formular la imputación, informará previamente al indiciado y la Defensoría del Pueblo, la cual designará el mismo si se cumplen los presupuestos legales para ello, con antelación a la primera audiencia, con el fin de disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.”

3. Intervenciones

3.1 Defensoría del Pueblo

Dentro de la oportunidad legal prevista, la Defensora Delegada para asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo intervino en el proceso para solicitar la declaratoria de inexecutable de la expresión “la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión”, contenida en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Según su criterio, la disposición normativa acusada, al consagrar la posibilidad de intervención de la víctima y el Ministerio Público en la diligencia de control de legalidad del principio de oportunidad para controvertir la prueba, desconoce el derecho de las víctimas a una pronta e integral reparación. Así, la forma como está redactada la disposición impide

que los perjudicados con el ilícito y el Ministerio público controviertan los elementos de hecho, de derecho y las razones de conveniencia política que sustentan la decisión, pues su intervención está limitada únicamente a la controversia de la prueba.

Para la Defensora Delegada, el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, que regula el control judicial a la aplicación del principio de oportunidad, otorga a la Fiscalía una atribución discrecional que está sometida a la evaluación del juez competente para evitar la arbitrariedad. Por esa razón, la controversia y la posibilidad de que las víctimas y el Ministerio Público intervengan en esa diligencia no sólo debe limitarse al análisis de la prueba sino al de todos los presupuestos, teniendo en cuenta los intereses de las víctimas y los de la sociedad, representados en el Ministerio Público.

En consecuencia, el hecho de que la expresión normativa acusada limite la intervención del Ministerio Público y de la víctima a la controversia de las pruebas presentadas por la Fiscalía, se desconocen los artículos 29 y 229 de la Carta, porque pierden la oportunidad de contar con todas las garantías de contradicción y oposición respecto de las decisiones que los afecten y pierden el proceso sin ser oídos en juicio.

3.2 Fiscalía General de la Nación

Dentro de la oportunidad legal prevista, el doctor Jorge Armando Otálora Gómez, Fiscal General de la Nación (E) intervino en el proceso para manifestar, en resumen, lo siguiente:

En cuanto a la impugnación del artículo 92 de la Ley 906 de 2004, señala que esa medida lejos de ser inconstitucional constituye un instrumento adecuado y razonable para la protección de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, pues consagra una regla de discriminación positiva a favor de los menores e incapaces cuya salvaguarda de los derechos debe ser reforzada. Por lo tanto, solicita la declaratoria de exequibilidad de esa disposición.

En relación con la supuesta inconstitucionalidad de la prohibición al imputado de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación (artículo 97 parcial), la Fiscalía resalta dos aspectos. En primer lugar, que la restricción no es absoluta porque no sólo cesa al transcurrir 6 meses, o cuando se garantiza la indemnización de perjuicios, o si hay pronunciamiento de fondo sobre la inocencia del imputado. En segundo lugar, el interviniente señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 906 de 2004, el juez puede autorizar de manera especial la enajenación cuando ésta sea necesaria para el giro ordinario de los negocios. En consecuencia, tal restricción no es arbitraria, ni desproporcionada y, por el contrario, garantiza los derechos de las víctimas.

De otra parte, la Fiscalía General de la Nación dijo que el artículo 118 del Código de Procedimiento Penal es constitucional y desarrolla los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que imponen, como garantía fundamental del debido proceso en los juicios orales, la defensa técnica. De esta forma, sostuvo, que la prohibición de defensa personal del imputado se traduce en el derecho de elegir o contar con un abogado que lo asista profesionalmente en el curso del proceso.

Respecto de la impugnación del artículo 119 de la Ley 906 de 2004, el interviniente dijo que es válido que la designación de un defensor público se haga a partir del momento de la captura o de la audiencia de imputación, pues antes de la formulación de la imputación no se está en presencia de una etapa procesal propiamente dicha, por lo que no es posible afectar derechos fundamentales. Además, la Fiscalía resaltó que si todos los elementos probatorios y la evidencia recaudada durante la etapa de investigación son objeto de control de legalidad en el curso de las audiencias preliminares, es lógico deducir que no existe violación del derecho de defensa del imputado.

En cuanto hace referencia a la impugnación del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía consideró que deben distinguirse tres tipos de impugnación, a saber: (i) impugnación de las decisiones judiciales, (ii) impugnación de la credibilidad del testigo e (iii) impugnación de la prueba. A juicio del interviniente, el artículo parcialmente acusado se refiere a las dos últimas clases de impugnación, toda vez que una prueba viciada de nulidad no podría argüirse para efectos de impugnación de decisiones judiciales, pero sí cuando se trata de impugnar la prueba o la credibilidad del testigo. En este sentido, este material probatorio sólo podría utilizarse para garantizar el derecho de las víctimas a conocer la verdad y evitar que en alguna etapa del proceso se tergiversen los hechos.

Finalmente, la Fiscalía dijo que el reproche contra el artículo 327 parcial de la Ley 906 de 2004, no corresponde a un cargo real de inconstitucionalidad porque parte de la interpretación errónea de la ley, en tanto que, es obvio, que el control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad está ligada a la prueba y a la conducencia, utilidad y pertinencia jurídica de la misma. Por esta razón, el interviniente solicita que la Corte Constitucional se inhiba de pronunciarse en relación con esta norma.

3.3 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Atendiendo a la invitación formulada por el Magistrado Ponente, la Directora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Gladys Virginia Guevara Puentes, intervino en el proceso para manifestar, en resumen, lo siguiente:

En lo que atañe con la facultad del Ministerio Público para solicitar medidas cautelares, sólo en los casos en que las víctimas sean menores de edad o incapaces, la Escuela Judicial considera que tal distinción es constitucional si

se tiene en cuenta que es una medida de protección a aquellos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, y que, en algunas ocasiones, no pueden intervenir en las mismas condiciones que las demás víctimas en los procesos judiciales. Luego, solicita que la Corte declare la exequibilidad del artículo 92 (parcial) de la Ley 906 de 2004.

En relación con el reproche del artículo 97, referido a las medidas cautelares sobre los bienes sujetos a registro cuya titularidad radica en los imputados dentro de un proceso penal, la Escuela Judicial considera que la medida es razonable, toda vez que la ley entrega al funcionario judicial criterios de aplicación de la medida, por lo que es evidente que ésta no es absoluta y está restringida al término de 6 meses. En este sentido, la norma es constitucional si se interpreta en el entendido de que la medida debe aplicarse respetando los principios de proporcionalidad y prohibición de exceso.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 906 de 2004, la interviniente señala que la Ley 906 de 2004, desarrolla las normas constitucionales e internacionales que priorizan la defensa técnica y la aplicación estricta de la intervención de abogado en todas las etapas del proceso, lo cual hace parte del debido proceso penal.

En relación con la utilización, para fines de impugnación de los elementos probatorios y evidencias físicas obtenidas en una diligencia inválida por violación al debido proceso, la Escuela Judicial considera que resulta contraria al artículo 29 de la Constitución, según el cual será nula de pleno derecho la prueba obtenida en tales circunstancias, tal y como lo señaló la Sentencia C-591 de 2005. Por consiguiente, como la prueba nula no puede tenerse como válida para ningún efecto, incluyendo el trámite de la impugnación, concluye que la disposición acusada debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Por último, en el tema de la limitación de la intervención de las víctimas en la aplicación del principio de oportunidad a la prueba aducida por la Fiscalía, la Escuela Judicial manifestó que el actor hace una lectura equivocada de la norma, pues resulta evidente que estas pueden intervenir en la discusión de cualquier aspecto relacionado con la aplicación de tal principio por parte de la Fiscalía. En tal sentido, solicita la declaratoria de exequibilidad del aparte acusado contenido en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

3.4. Universidad del Rosario

Por encargo del decano de la facultad de jurisprudencia de la mencionada universidad, el profesor Alfredo Rodríguez Montaña intervino en el proceso para manifestar, en síntesis, lo siguiente:

En relación con el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, la Universidad del Rosario comparte en su totalidad los argumentos expuestos por el demandante

al considerar que, en efecto, la limitación de la intervención del Ministerio Público a las solicitudes de embargo y secuestro de bienes cuando la víctima es un menor o un incapaz, riñe de forma ostensible con el principio de igualdad ante la protección de la ley a todos los ciudadanos, pues resulta injustificado que se desprotejan los derechos de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta. Por ello, afirmó que la medida impugnada “*merma o aniquila en forma supina las funciones constitucionales del Ministerio Público en nuestro Estado Social de Derecho*”. De hecho, si la función del Ministerio Público es “la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”, es insostenible pretender que la defensa de los intereses de las víctimas solamente esté limitada a la solicitud de embargo y secuestro de bienes del imputado cuando las víctimas sean menores o incapaces. Considera, entonces, que se debe suprimir la expresión demandada o, en su defecto, establecer, de forma genérica y sin lugar a discriminación, que “*el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución*”.

En lo que tiene que ver con la acusación en contra del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, la Institución Educativa interviniente estima que no le asiste razón al demandante porque pretende supeditar la efectividad de los derechos constitucionales de las víctimas a derechos de menor rango, tales como la propiedad privada y su libre ejercicio por parte del imputado. En este sentido, recalcó que la Constitución de 1991 otorgó especial protección a los derechos al debido proceso, a la vida y a la equidad humana, pues los consagró como principios esenciales que prevalecen e irradian todo el ordenamiento.

Además, la Universidad del Rosario dijo que para analizar la constitucionalidad de esa disposición deben tenerse en cuenta tres premisas. La primera, que quien se encuentra imputado por la ejecución de ciertos delitos no puede recibir el mismo tratamiento legal que aquellas personas que no lo están. La segunda, las medidas cautelares buscan proteger los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad y la justicia. Y, la tercera, que es deber del Estado propender por el restablecimiento del derecho de los perjudicados con el delito. Con base en ello, concluye, que las restricciones temporales al ejercicio del derecho de propiedad privada consagradas en la norma acusada, encuentran respaldo constitucional.

En cuanto a la defensa del imputado, regulada en el artículo 118 de la Ley 906 de 2004, el interviniente considera que, en materia penal, la obligatoriedad de la defensa técnica en el proceso es trascendental para efectos de la salvaguarda del debido proceso y, aunque si bien, los conceptos de defensa material y de defensa técnica van aparejadas y se ejercen en forma conjunta a lo largo del mismo, la sola defensa material de la que puede valerse el imputado, acusado o condenado, no es suficiente garantía de que en el

discurrir del proceso penal se respetaran las formas propias de cada juicio. De hecho, recordó que, para la Corte Constitucional, el debido proceso puede ser limitado cuando esa restricción resulta necesaria para realizar otros principios superiores, por lo que, a su juicio, la limitación al derecho de defensa material del sindicado encuentra pleno respaldo en intereses que deben ser protegidos, como el caso de la efectividad real del debido proceso.

Por otra parte, en cuanto al artículo 119 del Código de Procedimiento Penal que señala la oportunidad para designar el defensor, la Universidad interviniente considera que antes de analizar la exequibilidad o inexecutable de una disposición, es indispensable definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y la Constitución. En relación con la interpretación de la norma acusada, la Corte Constitucional ha precisado que debe consultar su carácter incluyente, es decir, aquella lectura de la norma que reafirma la posibilidad cierta de que el indiciado pueda ejercer el derecho de defensa antes de la formulación de imputación fáctica. Eso muestra, entonces, que el cargo formulado por la demanda no encuentra sustento y, por consiguiente, debe desestimarse.

En cuanto a la cláusula de exclusión de la prueba en registros y allanamientos declarados ilegales contenida en el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, el interviniente considera que el aparte demandado debe ser declarado inexecutable porque viola ostensiblemente la garantía al debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución. En efecto, la ley otorga diferentes efectos a las pruebas obtenidas con violación al debido proceso, lo cual no es posible porque ninguna prueba recaudada en forma irregular puede producir efectos jurídicos. Entonces, cuando se adelanta un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio que sea obtenido en la misma, queda contaminado y, por lo mismo, debe excluirse de todas las actuaciones.

Por último, en relación con el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad, la Universidad del Rosario señaló que el cargo parte de una interpretación sesgada del artículo 327 de la Ley 906 de 2004. A su juicio, la demanda olvida que toda controversia sobre las pruebas y los hechos que de ellas pretenden demostrar conllevan, en forma simultánea, a la contradicción de los elementos o soportes jurídicos que de forma indefectible se coligen de las mismas. Por lo tanto, la facultad legal para contradecir las probanzas traídas en el proceso penal implica el análisis de los lineamientos de derecho que constituyen los fundamentos de la decisión judicial. En consecuencia, concluye que el cargo carece de fundamento, como quiera que la misma ley procesal señaló que, para que se aplique el principio de oportunidad, es requisito *sine qua non* que se indemnice integralmente a la víctima, a menos que por circunstancias extraordinarias no haya sido posible ubicar o conocer su identidad o paradero.

4. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, doctora Carmenza Isaza Delgado, intervino dentro de la oportunidad procesal prevista, con el fin de solicitar que la Corte resuelva: i) declarar la inexecutable de las expresiones “*En los procesos en que sean víctimas los menores de edad o los incapaces*” del párrafo del artículo 92, “*y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*” del artículo 232, y “*la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar*” del artículo 327, inciso 2, de la Ley 906 de 2004 y (ii) declarar la executable de los artículos 97, 118 y 119 por los cargos estudiados y analizados.

En primer término, la Vista Fiscal señaló que la expresión “*En los procesos en que sean víctimas los menores de edad o los incapaces*” del párrafo del artículo 92 desconoce la Carta si se tiene en cuenta que en el nuevo sistema penal acusatorio, a diferencia del anterior, el juez de control de garantías ya no puede imponer medidas cautelares de oficio, sino que éstas sólo proceden cuando media petición del fiscal, de las víctimas y excepcionalmente del Ministerio Público (en los casos de menores e incapaces). En este sentido, la disposición acusada consagra una restricción injustificada que limita la facultad del Ministerio Público de intervenir en los procesos judiciales para velar por los derechos que en él intervienen (artículo 277, numeral 7°, de la Constitución).

Por otra parte, en relación con la restricción impuesta al imputado de enajenar bienes sujetos a registro dentro de los 6 meses siguientes a la formulación de la imputación (artículo 97 de la Ley 906 de 2004), la Procuraduría considera que la medida es razonable si se tiene en cuenta que, de un lado, protege los derechos de las víctimas y, de otra, que proporciona al imputado la posibilidad de que se levante la restricción si se garantiza el pago de perjuicios, o si tales actos jurídicos hacen parte del giro ordinario de sus negocios. Así mismo, resalta que la propia ley señala al juez los criterios para imponer esta clase de medidas, por lo que no puede considerarse como una decisión arbitraria.

En cuanto a la defensa técnica y a la oportunidad para designarla, la Vista Fiscal dijo que, contrario a lo expresado por el actor, nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho a la defensa técnica de los imputados con las mismas atribuciones asignadas a la defensa, en cuanto resultan compatibles con su condición (artículo 130 de la normativa procesal penal). Por esta razón, considera que el cargo formulado contra el artículo 118 de la Ley 906 de 2004, es infundado.

En relación con la oportunidad para contar con dicha defensa técnica, la Procuraduría recordó que, tal y como lo señaló la Sentencia C-799 de 2005, ésta debe ejercerse desde el momento en que la persona tenga conocimiento que cursa un proceso en su contra, y por tanto, la defensa se despliega en

forma previa a la audiencia de formulación de cargos. En consecuencia, el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal resulta ajustado a la Carta.

En lo que atañe a la utilización de los elementos probatorios y a la evidencia física encontrados en allanamientos o registros inválidos, el Ministerio Público considera que éstos se encuentran viciados de nulidad por consecuencia. De tal suerte que, el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, al permitir que esos elementos sean tenidos en cuenta para efectos de la impugnación, desconoce flagrantemente en artículo 29 de la Carta que señala que *“es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. La Procuradora Auxiliar señala que tal posición ha sido acogida por esta Corte, en sentencia C-591 de 2005, al indicar que los elementos probatorios recaudados con violación al debido proceso se encuentran contaminados y carecen de validez.

Finalmente, en relación con la expresión demandada del principio de oportunidad establecido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público manifestó que la autorización para discutir únicamente las pruebas aportadas por la Fiscalía: (i) desconoce el derecho de las víctimas a obtener una tutela judicial efectiva y a descubrir la verdad, obtener justicia y la reparación de los perjuicios, si se tiene en cuenta que no se les permite intervenir integralmente en la decisión de renuncia a la persecución penal y (ii) desconoce la obligación constitucional, en cabeza del Ministerio Público, como representante de la sociedad, de intervenir en el desarrollo de la actuación penal con el fin de que se preserve el orden jurídico y que la decisión de aplicar el principio de oportunidad resulte procedente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 92 (parcial), 97, 118, 119 (parcial), 232 (parcial) y 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una ley.

2. Para efectos de adelantar el análisis que corresponde a la Corte Constitucional en esta oportunidad en forma ordenada y precisa, se adoptará como metodología de estudio el análisis separado de cada uno de las normas acusadas y de los problemas jurídicos que se originan al adelantar este juicio de constitucionalidad.

Intervención del Ministerio Público para solicitar medidas cautelares en el proceso penal. Límites constitucionales a la libertad de configuración política del legislador.

3. A juicio del demandante, de la Universidad del Rosario y de la Procuraduría, el artículo 92 de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional por dos razones. La primera, porque al limitar la intervención del Ministerio Público para solicitar las medidas cautelares únicamente a favor de menores de edad e incapacitados, que son víctimas de hechos punibles, desconoce su función constitucional dirigida a defender los derechos de todas las personas residentes en el país sin que sea relevante la edad. La segunda, porque la norma parcialmente acusada consagra una diferencia de trato no justificada constitucionalmente, en tanto que se podría desconocer el derecho de las víctimas a la reparación integral de los daños cuando éstas, a pesar de alcanzar la mayoría de edad, se encuentren en difíciles condiciones económicas que les resulta imposible contratar un abogado de confianza.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla consideran que la disposición acusada no sólo no es contraria a la Constitución, sino que la desarrolla, como quiera que consagra una regla de discriminación positiva a favor de los menores e incapaces cuya salvaguarda de los derechos debe ser reforzada con la intervención del Ministerio Público.

4. Con base en lo expuesto, **la cuestión que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a determinar si el legislador podía autorizar al Ministerio Público a solicitar el embargo y secuestro de bienes en el proceso penal únicamente a favor de los menores de edad e incapacitados** o, si al hacerlo, discriminó a un grupo de personas, o desconoció los deberes que la Constitución encomienda al Ministerio Público. Para ello, se analizarán los límites constitucionales a la libertad de configuración política del legislador para regular los requisitos, condiciones e intervinientes del proceso penal.

5. Como en varias oportunidades lo ha expuesto esta Corporación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º, 150 y 229 de la Constitución, el Congreso tiene amplio margen de configuración normativa para la determinación de los procedimientos judiciales y administrativos, pues en el diseño propio de los Estados Democráticos al legislador no sólo corresponde hacer la ley, porque es la expresión de la voluntad popular dirigida a regular las conductas humanas como instrumento de convivencia civilizada y pacífica, sino también tiene a su cargo la determinación de los procedimientos y actuaciones que deben surtirse ante los jueces para la defensa de las libertades y derechos ciudadanos o para la mediación estatal en situaciones de conflicto.

De esta forma, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, al legislador corresponde establecer las formas propias de cada juicio y fijar las reglas y condiciones para acceder a los jueces en búsqueda de la adecuada administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Carta). En desarrollo de

ello, el legislador puede fijar nuevos procedimientos², determinar la naturaleza de actuaciones judiciales³, eliminar etapas procesales⁴, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales⁵, imponer cargas procesales⁶ o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia⁷. De tal manera que, por regla general, la determinación de los sujetos procesales y de los momentos en que ellos pueden intervenir en los procesos judiciales hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador que debe responder a las necesidades de la política legislativa, para lo cual evalúa la conveniencia y oportunidad de los mecanismos o instrumentos procesales para hacer efectivos los derechos, libertades ciudadanas y las garantías públicas respecto de ellos.

6. No obstante lo anterior, también ha sido enfática la jurisprudencia constitucional en señalar que esa libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de los procedimientos y etapas judiciales no es absoluta, puesto que se encuentra limitada por los derechos sustanciales y la defensa de las garantías esenciales de las personas. De hecho, como lo ha advertido esta Corporación, el proceso judicial no tiene una finalidad en sí mismo, pues su objeto es la realización y eficacia de los derechos sustanciales que subyacen al mismo. Por ello, el control de constitucionalidad de este tipo de normas debe hacer eficaz, de un lado, el amplio margen de libertad de configuración normativa que tiene el legislador y, de otro, el respeto por el núcleo esencial de los derechos y garantías de las personas, en tanto que el juez constitucional no está *“llamado a determinar cuáles deben ser los términos que se deben cumplir dentro de los procesos. La misión de la Corte en estos casos es, en realidad, la de controlar los excesos que se puedan presentar en la legislación”*⁸.

² Por ejemplo, la sentencia C-510 de 2004, declaró la exequibilidad de la norma que establecía un nuevo procedimiento y términos para los cobros o las reclamaciones ante el FOSYGA, por cuanto consideró, entre otras cosas, que el legislador es libre para establecer condiciones previas al acceso a la justicia.

³ Por ejemplo, en sentencia C-163 de 2000, la Corte consideró ajustada a la Constitución la consagración de la figura de la parte civil en el proceso penal, a pesar de que la naturaleza de sus pretensiones podrían ser únicamente pecuniarias. De igual manera, en sentencia C-1149 de 2001, la Corte dijo que, dentro de la libertad de configuración normativa, era válido que la ley autorice la intervención de la parte civil en el proceso penal militar.

⁴ La sentencia C-180 de 2006 declaró la exequibilidad de la eliminación del recurso extraordinario de súplica en los procesos contencioso administrativos, por cuanto la Constitución confiere al legislador “libertad de configuración amplia en materia de procedimientos judiciales”.

⁵ Por ejemplo, en la sentencia C-1264 de 2005, la Corte se refirió a la libertad de configuración normativa del legislador para regular la forma cómo debe adelantarse la notificación personal en el procedimiento civil.

⁶ En este asunto, entre otros casos, se recuerdan las sentencias C-316 de 2002, respecto de la caución en el proceso penal; C-043 de 2004 que declaró la exequibilidad del pago de condena en costas y C-641 de 2002, en cuanto consideró ajustado a la Carta el término de ejecutoria de las sentencias como carga procesal a las partes.

⁷ En sentencia C-1232 de 2005, la Corte Constitucional dijo que el legislador goza de amplio margen de configuración normativa para consagrar el término de prescripción de las acciones derivadas del fuero sindical.

⁸ Sentencia C-800 de 2000

En este sentido, para responder a la inquietud de si la ley podía establecer una regla procesal determinada, al juez constitucional corresponde analizar si la medida hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador o si excedió los límites constitucionales, pues *“mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como ‘el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas’”*⁹. Así, entonces, las normas que imponen el establecimiento de cargas procesales, la limitación de los derechos de acción y de acceso a la justicia, la remoción de alternativas procesales, entre otras decisiones legislativas, resultan válidas constitucionalmente si: i) las medidas tienen como objetivo y resultan adecuadas para la defensa de derechos y garantías sustanciales y la protección de principios y valores constitucionales, ii) las medidas son proporcionadas entre los derechos y garantías sustanciales que protegen y, al mismo tiempo, entre los que restringen.

Entonces, para la Sala es claro que, a pesar de que el legislador tiene amplio margen de configuración en la determinación de quiénes pueden solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado o acusado en el proceso penal, de todas maneras esa decisión no puede desconocer principios y valores constitucionales ni los derechos y garantías fundamentales que salvaguardan el debido proceso penal. Por esa razón, ahora se analizará, de manera precisa, si el legislador estaba obligado a autorizar al Ministerio Público a solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado cuando las víctimas son mayores de edad.

7. Cómo es fácil deducir de la simple lectura del artículo 92 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud de medidas cautelares sobre bienes del imputado, consistentes en la aprehensión material de bienes para sacarlos del comercio, está dirigida a lograr la eficacia de la eventual sentencia penal que condene al pago de una suma de dinero y la indemnización de perjuicios causados a las víctimas del delito. De hecho, no se trata de imponer una sanción o una pena a quienes no han sido declarados penalmente responsables por la participación en un hecho punible ni de invertir la presunción de inocencia que ampara al imputado, se trata de establecer una carga procesal a favor de las víctimas del delito, quienes se encuentran en situación de especial protección del Estado. En este sentido, la disposición parcialmente acusada, sin duda, desarrolla el deber estatal y particular de garantizar la indemnización plena del daño a las víctimas directas del delito, como uno de los mecanismos de restablecimiento de sus derechos y reparación del perjuicio causado.

⁹ Sentencia C-662 de 2004

En efecto, como lo ha dicho en múltiples oportunidades esta Corporación¹⁰, el derecho constitucional a la reparación integral de las víctimas no sólo tiene fundamento expreso en los artículos 1º, 2º y 250 de la Constitución, sino también en varias normas del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por consiguiente, resultan vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico. Así, entonces, dijo la Corte, que la petición de reparación del daño causado surge: i) del concepto mismo de dignidad humana que busca reestablecer a las víctimas las condiciones anteriores al hecho ilícito (artículo 1º superior), ii) del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, honra y bienes de los residentes y de garantizar la plena efectividad de sus derechos (artículo 2º de la Carta), iii) del principio de participación e intervención en las decisiones que los afectan (artículo 2º de la Constitución), iv) de la consagración expresa del deber estatal de protección, asistencia, reparación integral y restablecimiento de los derechos de las víctimas (artículo 250, numerales 6º y 7º, idem) y, v) del derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos, mediante los recursos ágiles y efectivos (artículos 229 de la Constitución, 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹.

En este orden de ideas, en la configuración de las etapas del proceso penal, los derechos de las víctimas tienen relevancia constitucional y, por consiguiente, el legislador debe respetar principios básicos de defensa, contradicción y protección a las víctimas del delito para que, entre otros asuntos, se garantice el derecho a la indemnización integral del daño. En otras palabras, la libertad legislativa para diseñar el proceso penal no puede ser tan amplia que afecte o restrinja irrazonablemente los derechos de los perjudicados por el hecho punible que corresponde investigar al Estado.

8. De esta forma, para el caso que ocupa la atención de la Sala, si la restricción legal al Ministerio Público para solicitar el embargo y secuestro de las víctimas mayores de edad constituye una desprotección o desatención del derecho a la reparación del daño, la disposición acusada podría resultar contraria a la Carta. Por lo tanto, es necesario averiguar el contexto general de la regulación respecto de la solicitud de las medidas cautelares en el proceso penal.

El artículo 92 de la Ley 906 de 2004, determina con claridad cuál es el juez competente para decretar el embargo y secuestro de los bienes del imputado (juez de control de garantías), la oportunidad procesal para solicitarlas (en la audiencia de imputación o con posterioridad a ella), las condiciones

¹⁰ En relación con la amplitud del concepto reparación integral del daño causado por el delito, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-805 de 2002 y C-916 de 2002. En cuanto al fundamento constitucional del derecho a la reparación de las víctimas, véanse las sentencias C-570 de 2003, C-899 de 2003 y C-805 de 2002.

¹¹ Al respecto, puede verse la sentencia C-228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

(acreditación sumaria de la calidad de víctima, naturaleza del daño y cuantía de la pretensión), los requisitos (prestación de caución, salvo casos expresamente establecidos), el procedimiento y la legitimación para solicitar la medida. En este último aspecto, dicha normativa dispone que, podrán solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado: i) el fiscal, ii) las víctimas directas y, iii) el Ministerio Público cuando se trate de menores de edad o incapaces y de procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos (artículos 92, parágrafo, y 111).

Nótese que, además de la propia víctima, el fiscal puede solicitar que el juez decrete las medidas cautelares sobre los bienes del imputado para garantizar el pago de la indemnización de los daños causados, pues este último tiene el deber legal y constitucional de proteger los derechos del perjudicado con la conducta punible. De hecho, no debe olvidarse que los numerales 6º y 7º del artículo 250 de la Constitución fueron expuestos en señalar que a la Fiscalía corresponde “*solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para... la reparación integral de los afectados con el delito*” y “*velar por la protección de las víctimas*”. Por consiguiente, no se encuentra que el impedimento del Ministerio Público para solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado desatienda los intereses de las víctimas mayores de edad, puesto que la propia Constitución encomendó la guarda de los derechos de los perjudicados por los hechos punibles a la Fiscalía General de la Nación y autorizó al legislador, con importante grado de discrecionalidad, a configurar el proceso penal.

9. Con todo, el demandante, algunos de los intervinientes y el Ministerio Público opinan que el legislador estaba obligado a autorizar al Ministerio Público a solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado cuando las víctimas son mayores de edad porque la Constitución confiere a esa autoridad el deber de proteger los derechos y libertades ciudadanas.

A pesar de que si bien es cierto dicho planteamiento parte de una premisa cierta: que el artículo 277, numeral 7º, de la Constitución señala como función del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, la de “*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*”, no lo es menos que la Sala no comparte la conclusión a la que llegan: que en desarrollo de esa función el Ministerio Público debe intervenir en el proceso penal para solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado a favor de las víctimas mayores de edad, por las siguientes dos razones:

La primera, porque el Ministerio Público desarrolla su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro, dentro de los parámetros, condiciones y

oportunidades que la ley dispone. Así, por ejemplo, al igual que los funcionarios judiciales que tienen a su cargo la oportuna y correcta administración de justicia sólo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad. La segunda, porque como se dijo en precedencia, al legislador corresponde, en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa del proceso penal, concretar los momentos y las circunstancias en las que los sujetos procesales o los interesados intervengan en las diferentes etapas procesales.

En consecuencia, el legislador no estaba obligado a autorizar al Ministerio Público a solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado cuando las víctimas son mayores de edad, porque la Constitución confiere a esa autoridad el deber de proteger los derechos y libertades ciudadanas, de acuerdo con las condiciones, requisitos y etapas del proceso señaladas en la ley.

10. De otra parte, el demandante y la Universidad del Rosario consideran que la intervención de la Procuraduría para solicitar las medidas cautelares sobre bienes del imputado únicamente en defensa de las víctimas menores de edad o incapaces, resulta contraria al artículo 13 de la Constitución porque discrimina a las víctimas mayores que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

A juicio de la Sala, este cargo tampoco debe prosperar por varios motivos, a saber:

i) la demanda parte del hecho de que la ley otorga un trato jurídico distinto a quienes se encuentran en la misma situación fáctica (todos son víctimas del delito). Sin embargo, los sujetos cuya comparación se propone realmente no son iguales, precisamente, por ello, la ley otorga un trato distinto. En efecto, se trata de comparar a las víctimas menores de edad e incapaces con aquellas víctimas mayores de edad, pues se quiere que, en todos esos casos, pueda intervenir el Ministerio Público para solicitar las medidas cautelares sobre bienes. Sin embargo, es razonable que la ley establezca un trato favorable para un grupo vulnerable de la población, quienes por su propia naturaleza, se encuentran en situación de debilidad manifiesta no sólo para tomar la decisión sobre su representación judicial en el proceso, sino también para comprender la mecánica necesaria para proteger sus derechos. Luego, al no encontrarse en la misma situación fáctica, no es posible exigirle al legislador la aplicación del mismo trato jurídico.

ii) La medida que se reprocha consagra un típico caso de discriminación positiva¹², como quiera que consagra un mecanismo de protección reforzada y diferente con justificación constitucional. En efecto, como lo ha explicado en múltiples oportunidades esta Corporación¹³, en la búsqueda de protección de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, la ley puede adoptar medidas dirigidas a favorecer a determinados grupos con el fin de eliminar o reducir desigualdades naturales, sociales o económicas que los afectan y lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. En esa medida, debe entenderse que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por el legislador. De hecho, la Corte ha manifestado que, a pesar de que la edad puede ser tenido como un “*criterio sospechoso*” de discriminación, también puede resultar un criterio de trato favorable con fundamento constitucional. Así, lo explicó:

“la consagración de diferencia de trato por la edad no deviene inconstitucional, pues es una circunstancia de carácter transitorio en las personas, no ha existido una práctica histórica de discriminación en torno a la edad...”

La edad es un criterio que la Carta Política sugiere para que sea tenido como orientador para la toma de determinaciones, siendo entonces válido para la diferencia de trato. Eso no implica que sea un tema pacífico en el derecho constitucional contemporáneo, pues por sí sola no debe ser fundamento para limitar los derechos de las personas, debe tener una razón que justifique recurrir a ella.

La Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio, por las siguientes tres razones: de un lado, las evidencias actuales muestran que la discriminación tiende a dirigirse más en contra de las personas que han superado un umbral cronológico, pues son ellas quienes suelen ser excluidas de empleos o del acceso a ciertos beneficios

No todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos, por el contrario resulta mucho más problemático que la ley establezca

¹² Amplia explicación sobre el concepto de discriminación positiva puede verse en las sentencias C-174 de 2004, C-227 de 2004, C-169 de 2001, C-964 de 2003 y C-044 de 2004

¹³ Sentencias que analizan el criterio de edad para justificar el trato diferente, entre otras, se encuentran: C-071 de 1993, C-227 de 2004 y C-247 de 2004.

*límites máximos a partir de los cuáles a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad*¹⁴

Entonces, si, como se dijo, la intervención del Ministerio Público que se analiza busca proteger de manera especial los intereses de quienes, por su corta edad o por su impedimento mental, no se encuentran en condiciones suficientes para entender el desenvolvimiento del proceso penal y, en especial, para asegurar la indemnización plena del daño.

iii) Finalmente, como se dijo anteriormente, la norma parcialmente acusada no deja sin protección legal a las víctimas mayores de edad, puesto que, además de que ellas pueden intervenir para solicitar las medidas cautelares, el Fiscal de la causa es el principal obligado a defender los intereses de la víctima y a solicitar las medidas judiciales pertinentes para la reparación integral de los daños causados con la conducta punible. Por consiguiente, ese trato jurídico diferente no desampara el derecho constitucional a la indemnización plena del daño.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que, dentro de la libertad de configuración normativa, el legislador **no vulnera la Constitución al autorizar al Ministerio Público a solicitar el embargo y secuestro de bienes en el proceso penal únicamente a favor de los menores de edad e incapacitados**. En consecuencia, los cargos formulados contra el artículo 92 (parcial) de la Ley 906 de 2004, no prosperan.

Prohibición de enajenar bienes del imputado. Ponderación de derechos constitucionales en tensión.

11. Según criterio del demandante, la prohibición de enajenar los bienes sujetos a registro del imputado durante los 6 meses siguientes a la formulación de la imputación contemplada en el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, vulnera los artículos 13, 16, 58 y 83 de la Constitución. La demanda sostiene que dicha restricción al ejercicio del derecho a la propiedad constituye una carga desproporcionada para los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos adquiridos del imputado, puesto que el carácter absoluto de la medida impide consultar la finalidad perseguida en cada caso concreto, presume que el imputado se insolventará para no indemnizar a las víctimas y, sin que exista sentencia que desvirtúe la presunción de inocencia, impide que el imputado actúe libremente en el mercado.

Por su parte, todos los intervinientes y el Ministerio Público coinciden en sostener que la norma acusada es constitucional, por dos motivos. El primero, porque, contrario a lo expresado en la demanda, esa disposición no consagra

¹⁴ Sentencia C-093 de 2001.

una prohibición absoluta ni desproporcionada respecto de los intereses de las víctimas, en tanto que le permite al imputado levantar la restricción si se garantiza el pago de perjuicios, o si tales actos jurídicos hacen parte del giro ordinario de sus negocios. El segundo, por cuanto el demandante pretende supeditar derechos de rango superior, como es el de reparación integral a la víctima en el proceso penal, al derecho a la propiedad, el cual debe ceder respecto de otros de mayor relevancia constitucional.

Así las cosas, el problema jurídico que, en definitiva, debe resolver la Corte consiste en averiguar **si la prohibición de enajenar contenida en el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, resulta desproporcionada y arbitraria respecto de los derechos del imputado.**

12. La medida que se analiza consiste en impedir a la persona vinculada al proceso penal que comercialice los bienes susceptibles de registro, dentro del plazo de 6 meses siguientes a la imputación, so pena de que se deje sin efectos cualquier enajenación. Es claro, entonces, que la norma acusada consagra otra medida cautelar sobre bienes del imputado con la que no sólo se busca asegurar la indemnización de los daños causados a las víctimas del delito, sino también se pretende evitar que, como consecuencia de la vinculación al proceso penal, se evada una posible orden judicial de reparar económicamente los daños causados.

Esa prohibición, pero con el plazo de restricción de 1 año, fue regulada en los artículos 62 de la Ley 600 de 2000 y 59 del Decreto 2700 de 1991 y comentada por la doctrina especializada¹⁵ como una medida necesaria para la eficacia de los derechos de la parte civil en la sentencia penal. De esta forma, se ha afirmado que dicha restricción tiene fines procesales, porque derivan de las necesidades y finalidades del proceso; cautelares, como quiera que se dirige a garantizar la eficacia de la sentencia penal; instrumentales, en tanto que constituyen un mecanismo adecuado y necesario para asegurar la futura indemnización de las víctimas y tiene objetivos provisionales, porque la medida es transitoria, pues la prohibición se levanta no sólo al cumplirse el plazo y las condiciones previstas en la norma, sino también en el momento en que se profiera sentencia definitiva.

13. Como puede verse, entonces, la prohibición de enajenar bienes del imputado presenta una clara tensión de derechos constitucionales. En efecto, de un lado, se encuentra el derecho a la propiedad del imputado a quien se le impide disponer libremente del mismo (artículo 58 de la Constitución) y, de otro, el derecho de las víctimas a asegurar la posible indemnización de los perjuicios causados por el delito (artículos 1º, 2º, 93 y 250 de la Carta), pues en casos en los que el condenado no cuenta con los medios económicos suficientes para indemnizar los perjuicios derivados de la conducta punible de

¹⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, a Vásquez Rossi, Jorge Eduardo. Curso de Derecho Procesal Penal. Santafé de Argentina. Editorial Señal Editora. 2001.

la que se encontró penalmente responsable, el derecho de las víctimas a la reparación integral puede verse claramente afectado.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades¹⁶ que, en casos en los que se presenta conflicto de derechos o principios constitucionales, procede la aplicación de los métodos de ponderación, como técnicas de interpretación constitucional que buscan ejercer el control de excesos legislativos, de la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos. De hecho, no se trata de jerarquizar normas constitucionales¹⁷ ni de imponer reglas absolutas y generales¹⁸, se trata de establecer criterios objetivos y verificables para evaluar si la limitación de un derecho se justifica constitucionalmente y si la restricción constituye una forma de afectación de su núcleo esencial que se encuentra prohibida en la Carta. Así, en anterior oportunidad, se dijo que con la ponderación se busca establecer *“un modelo de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso, de manera que le compete al legislador y a los operadores jurídicos, en el ámbito de sus competencias, procurar armonizar los distintos derechos y principios, y cuando ello no sea posible, es decir, cuando surjan conflictos entre ellos, entrar a definir las condiciones de prevalencia temporal del uno sobre el otro”*¹⁹.

En tal caso, la jurisprudencia ha explicado²⁰ que se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate y la naturaleza de los derechos en conflicto. Así, por ejemplo, para analizar si la limitación de un derecho que se establece para proteger otro resulta constitucionalmente admisible se ha utilizado el principio de proporcionalidad, según el cual corresponde al juez constitucional analizar si la medida restrictiva busca un objetivo constitucionalmente válido, si es adecuada y necesaria para lograr la finalidad buscada y si es *proporcional stricto sensu*. La Corte explicó la aplicación del principio de proporcionalidad, así:

“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la

¹⁶ Por ejemplo, pueden consultarse las sentencias C-818 de 2005, C-916 de 2002, C-822 de 2005, C-355 de 2006, T-575 de 1995, T-425 de 1995, T-1031 de 2001, T-933 de 2005.

¹⁷ Sobre la ausencia de jerarquía entre las normas constitucionales las Sentencias T-612 de 1992 y C-475 de 1997, entre otras, expusieron interesantes argumentos.

¹⁸ De igual modo, son múltiples las sentencias que se han referido al carácter limitado de los derechos, pues en la medida en que estos concurren o coexisten no pueden considerarse absolutos. Entre otras, pueden verse las sentencias C-475 de 1997, C-531 de 2000, C-1172 de 2001 y C-916 de 2002.

¹⁹ Sentencia T-933 de 2005.

²⁰ Sentencias C-448 de 1997, C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. 'Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional''²¹

Para el análisis de proporcionalidad en estricto sentido se requiere determinar si la medida objeto de control de constitucionalidad no sacrifica valores, principios o derechos que tengan un mayor peso que el que se pretende garantizar, o si aquella restringe gravemente un derecho fundamental. Por consiguiente, la aplicación del principio de proporcionalidad supone la valoración de los intereses en juego y la determinación clara de la relevancia constitucional de los bienes jurídicos en tensión, pues sólo de esta forma se puede definir, en el caso concreto, el grado de afectación y la forma cómo deben ceder, para garantizar la eficacia de todos los derechos e intereses protegidos constitucionalmente.

14. En el caso objeto de análisis se tiene que la prohibición para que el imputado enajene bienes sujetos a registro durante los 6 meses siguientes a la formulación de la imputación, tiene objetivos constitucionalmente admisibles. En efecto, como se explicó en precedencia, esa disposición busca: i) rodear de garantías procesales para la eficacia del proceso penal y, en especial, para asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria que ordene la reparación de perjuicios causados por el delito y, ii) prever que el imputado tenga recursos económicos suficientes para la reparación económica de los daños padecidos por la víctima. En cuanto al primer objetivo, claramente se observa que desarrolla los principios de seguridad jurídica y eficacia de las decisiones judiciales, cimientos del Estado Social de Derecho y de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia (artículos 1º, 2º, 5º, 228 y 229 de la Constitución). Y, en relación con el segundo objetivo, salta a la vista comprender que esta medida se apoya en las normas constitucionales dirigidas a proteger el derecho de la víctima a la reparación del daño causado (artículos 1º, 2º, 93, 229, 250, numerales 6º y 7º, de la Constitución y 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Luego, es claro que la norma acusada desarrolla objetivos válidos constitucionalmente.

²¹ Sentencia C-648 de 2001.

15. En el mismo sentido, la Sala considera que el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, consagra una medida idónea y necesaria para lograr los objetivos constitucionales propuestos. Efectivamente, la prohibición de enajenar bienes de propiedad del imputado durante un tiempo o bajo circunstancias que establece el legislador, es adecuada para alcanzar proteger los derechos económicos de las víctimas y para asegurar el pago de la indemnización ordenada por el juez penal. Es razonable sostener que el momento posterior a la imputación es propicio para la transferencia de bienes de propiedad del imputado para impedir los efectos de una posible sentencia condenatoria, pues el impacto de la vinculación al proceso penal le puede generar al imputado reacciones naturales que buscan la protección de sus propios intereses.

De igual manera, la Sala considera necesaria la medida adoptada, en tanto que rodea de garantías de eficacia a la condena civil en el proceso penal. De hecho, no tendría sentido declarar normativamente la protección del derecho a la reparación económica a la víctima, sino se establecen mecanismos instrumentales para lograr ese objetivo. Entonces, a pesar de que podría pensarse que existen otras alternativas en la ley para la defensa de los derechos e intereses protegidos que no afectan el ejercicio del derecho a la propiedad del imputado, la Sala encuentra, de un lado, que ninguna de las medidas aplicables resulta menos gravosa para la defensa del derecho a la propiedad que la ahora analizada y, de otro, que las medidas alternativas no protegen de la misma manera los derechos de la víctima.

En efecto, la norma acusada se encuentra incluida en el capítulo III del Título II del Código de Procedimiento Penal, titulado “Medidas Cautelares”, en el cual se determinan como medidas cautelares sobre bienes para proteger los intereses económicos de las víctimas del delito, el embargo, secuestro (artículo 92 de la Ley 906 de 2004), la prohibición de enajenar (artículo 97), la restitución inmediata a la víctima de bienes recuperados, autorización a la víctima para usar y disfrutar bienes que adquirieron de buena fe, pero que son objeto de delito, ayudas provisionales a las víctimas (artículo 99), afectación de bienes en delitos culposos (artículo 100). Nótese que, al igual que la norma acusada, todas esas medidas afectan, en similar grado de intensidad, el derecho a la propiedad del imputado, por lo que puede concluirse que la norma acusada resulta necesaria y útil para la defensa de los derechos de la víctima y de la eficacia de la sentencia penal condenatoria.

16. Finalmente, la Corte considera que la norma acusada es proporcional en sentido estricto, porque no sacrifica valores, principios o derechos de mayor peso constitucional que el derecho y deber del Estado a la reparación económica del daño causado a la víctima con el delito, ni restringe gravemente el derecho a la propiedad.

La lectura sistemática de la norma acusada muestra que la prohibición de enajenar bienes del imputado no es una limitación absoluta ni desde el punto de vista cronológico ni desde su perspectiva material. Así, la medida tiene una

duración de 6 meses, término razonable para limitar el derecho a la propiedad. Pero, puede levantarse por el juez si antes de cumplirse el plazo se presentan cualquiera de las siguientes tres condiciones, a saber: i) cuando el imputado garantiza la indemnización de perjuicios, ii) cuando haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia y, iii) cuando se requieren operaciones mercantiles sobre los bienes del imputado sujetos a registro, cuando aquellas son necesarias para el pago de los perjuicios (artículo 98 de la Ley 906 de 2004).

17. Visto lo anterior, es fácil concluir que **la prohibición de enajenar contenida en el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, no resulta desproporcionada ni arbitraria respecto de los derechos del imputado**, por lo que se declarará su exequibilidad.

Ejercicio de la propia defensa técnica en el proceso penal.

18. La demanda sostiene que el artículo 118 de la Ley 906 de 2004 resulta contrario a los artículos 29 de la Constitución, 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 15.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto impide al imputado, sea abogado o no, ejercer su propia defensa sin que intervenga un profesional del derecho.

A su turno, todos los intervinientes y el Ministerio Público coinciden en sostener que la norma acusada es constitucional porque, tal y como lo ha advertido esta Corporación en múltiples oportunidades, la defensa técnica se impone en el proceso penal porque constituye un mecanismo necesario y eficaz para ejercer el derecho de defensa.

De esta forma, corresponde a la Sala resolver **si la norma acusada impide al imputado ejercer su derecho de defensa.**

19. La norma impugnada desarrolla el derecho del investigado en el proceso penal a defender sus intereses con la intervención de un abogado, ya sea designado libremente por él o asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Evidentemente, la disposición acusada no incluye la hipótesis que fue prevista expresamente en el artículo 127 de la Ley 600 de 2000, que autorizaba al sindicado, que fuere abogado titulado y que estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, adelantar su propia defensa.

No obstante, esa exclusión no significa, por sí misma, que la norma acusada resulte inconstitucional, por los siguientes tres motivos:

El primero, porque la norma se refiere a la defensa técnica y no a la defensa material del imputado, lo que muestra que lejos de afectar el derecho de defensa del investigado lo desarrolla. En efecto, tal y como lo precisó esta Corporación en anterior oportunidad, *“la doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado mismo, y la defensa técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado*

legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicato o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo.- La segunda modalidad busca una defensa especializada idónea y plena del sindicato, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional”²².

Además, la diferencia entre la defensa material y técnica del imputado aparece en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, al disponer que *“el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquélla”*. Luego, es evidente que la nueva reglamentación penal no impide la propia defensa del imputado y, por consiguiente, los efectos que el demandante da a la norma acusada no son acertados.

20. El segundo, porque en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa para establecer las reglas del proceso penal, el legislador tiene la autorización para valorar la oportunidad y conveniencia de la exclusión de la defensa técnica propia, pues es absolutamente razonable que, después de la valoración práctica del tema, encuentre que el sindicato que ejerce su propia defensa no esté en las mismas condiciones que los demás investigados, ni en la situación más adecuada e idónea para ejercer su propia defensa, entendidas éstas no como condiciones intelectuales sino logísticas para ello.

De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que *“el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable”²³*

En tal virtud, resulta indiscutible que, en casos de detención de la libertad del imputado, el derecho de defensa podría resultar claramente afectado si se

²² Sentencia C-152 de 2004

²³ Sentencia C-1194 de 2005

autoriza la defensa personal del investigado que, por su condición de privación de la libertad, le es imposible acudir a la fuente de la prueba. Por consiguiente, se entiende que con la norma acusada el legislador quiso dar mayor relevancia al derecho a la defensa técnica en el proceso penal que encuentra pleno respaldo constitucional.

21. El tercero, porque la regla general en el actual constitucionalismo colombiano es la garantía de la defensa técnica para el investigado en el proceso penal, de ahí que las medidas legislativas dirigidas a efectivizar dicha garantía no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan. En efecto, el artículo 29 de la Constitución es claro en señalar que *“quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”*, por lo que exige que el investigado en un proceso penal, por regla general, cuente con la defensa de un profesional avalado por el Estado para ejercer el derecho y que tenga a su alcance todos los recursos físicos y jurídicos para acceder a una adecuada defensa.

En la misma línea, el artículo 14, numeral 3º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone que *“toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”*.

Igualmente, el artículo 8º, numeral 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 16 de 1972, señala que *“toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”*.

Y, respecto de la interpretación de esas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁴ ha sido enfática en sostener que hace parte del núcleo esencial del derecho de defensa, el derecho a contar con defensa técnica. Así, por ejemplo, en sentencia C-025 de 1998, expresó:

²⁴ En este sentido, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias C-507 de 2001, C-131 de 2002, C-228 de 2002, C-040 de 2003, C-328 de 2003 y C-152 de 2004.

“5. El Constituyente dejó plasmada en la Carta la voluntad de asegurar el respeto pleno al derecho a la defensa técnica en el ámbito penal, mediante una “regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior”, que “compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces”.

6. Lo anterior significa que “dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la regulación legal o reglamentaria que lo permita”

Así mismo, en otra oportunidad, la Corte explicó:

“no resulta indiferente la relación que el artículo 229 de la Constitución Política realiza entre la administración de justicia y la intermediación de un profesional del derecho, porque, cuando se requiere una intervención técnica, la presencia de quien es versado en leyes no puede tomarse como una interferencia, sino como la garantía de que el procesado tendrá un juicio justo -artículo 29 C. P.-, debido a que dicho profesional pondrá sus conocimientos al servicio de la justicia, con miras a que las razones de su poderdante sean escuchadas y el derecho del mismo valorado, dentro de los parámetros legales y atendiendo a las reglas propias de cada proceso.

“La Corte, en diferentes pronunciamientos, con ocasión del examen de sendas disposiciones del Estatuto del Abogado –en estudio- y de otros preceptos de idéntico o similar contenido, ha declarado acordes con la Constitución Política las normas que desarrollan el principio constitucional de exigir, como regla general, la intervención de un profesional del derecho para litigar en causa propia y ajena, -artículos 25, 28, 29, 31 y 33 D. l. 196 de 1970; 138, 148 inc. 2º, 149 y 150 D. l. 2700 de 1991; 46, 63 y 67 C. de P. C.; y 2º y 3º Ley 270 de 1996-. Y contrarias a dicho principio las disposiciones que desconocen tal previsión -artículos 34 D. l. 196 de 1971; 148 inc.1º, 161 (parcial), 322(parcial) y 355 del D. l. 2700 de 1991; y 374 del Decreto-ley 2550 de 1988”²⁵

²⁵ Sentencia C-507 de 2001

22. En consideración con lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones. La primera, que contrario a lo afirmado por el demandante y de acuerdo con lo expuesto por todos los intervinientes y el Ministerio Público, el hecho de que la ley exija, en el derecho penal, que el imputado realice su defensa técnica con la presencia de un abogado por él designado o por el que sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, constituye un claro desarrollo del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Y, la segunda, que la regulación acusada no excluye la defensa material del imputado, pues la interpretación sistemática de los artículos 118 y 130 del Código de Procedimiento Penal, muestra que él también puede intervenir directamente en su defensa. En consecuencia, la norma acusada será declarada exequible.

Oportunidad para la designación del defensor del imputado en el proceso penal.

23. De acuerdo con lo afirmado por el demandante, las expresiones “*o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado*”, contenidas en el artículo 119 de la Ley 906 de 2004, niegan al imputado o investigado la posibilidad de contar con un abogado desde la primera audiencia en el proceso penal, dejándolo en situación de desigualdad de armas respecto de la Fiscalía, porque la defensa no tiene el tiempo necesario para preparar sus argumentos. Por esa razón, el actor considera que esos apartes violan los artículos 13, 29, 93 y 229 de la Carta.

A su turno, el Fiscal General de la Nación, la Escuela Judicial, la Universidad del Rosario y el Ministerio Público consideran que la norma parcialmente acusada es constitucional. A juicio de los dos primeros intervinientes, es válido que la designación del defensor se haga a partir de la captura o de la audiencia de imputación, pues antes de esa diligencia no se está en presencia de una etapa procesal. Y, según criterio de los dos últimos, no es cierto que la defensa está limitada a la formulación de la audiencia de imputación o desde la captura, en tanto que el segundo inciso del artículo 119 del C.P.P. señala que el imputado puede designar defensor desde la comunicación que haga la Fiscalía, esto es, desde el momento en que conoce de la existencia de una investigación en su contra. En tal virtud, a partir de la propia norma demandada puede concluirse que el investigado goza de su derecho a la defensa desde el mismo momento en que conoce de la investigación por parte de la Fiscalía

La cuestión que debe resolver, entonces, la Sala se circunscribe a determinar **si la norma parcialmente acusada**, al señalar que la designación del defensor del imputado debe hacerse desde la formulación de la imputación o desde la primera audiencia a la que fuere citado, **viola el derecho a la defensa del imputado en cuanto consagra una desigualdad de trato jurídico en la oportunidad para ejercer su defensa.**

24. Efectivamente, en Sentencia C-799 de 2005, la Corte Constitucional dijo que el derecho a la defensa se ejerce desde el momento en que se inicia la investigación penal y no solamente cuando se ordena la captura o cuando se adquiere la calidad de imputado. Al respecto dijo:

“- 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”.

De igual manera, para la Sala es claro que el derecho a la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales y sustanciales para la defensa o, como lo ha denominado la doctrina y jurisprudencia²⁶, el principio a la

²⁶ En sentencia C-591 de 2005, la Corte dijo que “uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, ‘que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”. En el mismo sentido, pueden verse las Sentencias C-980 de 2005, T-1110 de 2005 y C-1260 de 2005.

igualdad de armas procesales entre las partes, deriva directamente del derecho a la defensa y de contradicción consagrado en el artículo 29 de la Constitución. En anterior oportunidad la Corte se refirió al concepto así:

“Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas “exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente”.

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

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

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”²⁷.

²⁷ Sentencia C-1194 de 2005

25. En consecuencia, el principio de igualdad de armas constituye una importante garantía de la defensa en el proceso penal acusatorio. Por consiguiente, en caso de que, efectivamente la norma acusada consagre una limitación para que el investigado designe defensor en el proceso penal, es evidente que resultaría inconstitucional por violación de los derechos de defensa e igualdad del investigado en el proceso penal. Por lo tanto, es necesario averiguar exactamente cómo fue regulada en la ley, la oportunidad de defensa del implicado en una investigación penal.

Como bien lo afirma la Vista Fiscal, la interpretación sistemática del artículo 119 de la Ley 906 de 2004, muestra que la defensa podrá designar abogado: i) desde el momento en que se adelanta la captura, ii) desde la formulación de la imputación, iii) desde la primera audiencia a la que fuere citado y, iv) desde la comunicación que la Fiscalía hace cuando se inicia una investigación penal.

Además de lo anterior, el propio Código de Procedimiento Penal señala casos expresos en los que, antes de la imputación y sin que sea relevante la captura, se requiere de la presencia del defensor del indiciado en las diligencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías, so pena de anulación de la diligencia por violación del debido proceso. Así, por ejemplo, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal autoriza al fiscal a solicitar al juez competente a imponer una medida de aseguramiento²⁸ y, en lo pertinente para este asunto, dispone que “la presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia”.

Incluso, respecto de la “igualdad de armas procesales” antes de la imputación, el Código de Procedimiento Penal otorga amplias facultades de defensa en el recaudo y embalaje de la prueba. Nótese que el artículo 267 de esa normativa confiere, a “quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra”, las facultades de asesorarse de abogado, de identificar, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares para utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. De igual manera, el artículo 268 del C.P.P. dice que “el imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física...”

26. El anterior análisis sistemático del tema muestra, entonces, que contrario a lo sostenido por el demandante, el ejercicio de la defensa técnica se inicia

²⁸ El artículo 307 de la Ley 906 de 2004, define la existencia de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y no privativas de la libertad. Dentro de estas últimas, se encuentran, por ejemplo, la prohibición de salir del país, prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas. Así, la imposición de estas medidas no están sujetas necesariamente a la previa imputación del indiciado, mientras las privativas de la libertad y otras expresamente señaladas en la ley, sí requieren la formulación de la imputación.

desde el primer acto procesal con el que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible. En consecuencia, **resulta equivocado sostener que, por el hecho reprochado en la demanda, el investigado no tuvo tiempo para ejercer su derecho a la defensa, ni que la norma acusada consagra una desigualdad de trato jurídico respecto de la oportunidad para ejercer la defensa.** Luego, de la lectura integral de la norma acusada se infiere que el cargo de la demanda no prospera.

Sin embargo, en razón a que el reproche ciudadano contra la expresión demandada y el análisis adelantado por la Sala estuvo limitado al entendimiento literal de las expresiones normativas acusadas y en relación con la supuesta violación del derecho de defensa, se declarará la exequibilidad de la disposición, pero limitada al cargo expresamente estudiado.

Elementos materiales probatorios y evidencia física ilícitos para fines de la impugnación. Invalidez de la prueba ilícita.

27. De acuerdo con lo afirmado por el demandante, la expresión “*y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*” del artículo 232 de la Ley 906 de 2004, vulnera el artículo 29 de la Carta, en cuanto autoriza al juez de segunda instancia a valorar pruebas obtenidas con violación al debido proceso y que han sido excluidas del proceso por ilegalidad de las diligencias en las que se recaudaron.

Por su parte, el Fiscal General de la Nación consideró que la expresión acusada debe mantenerse en el ordenamiento jurídico cuando dicho material probatorio se utiliza en defensa de los derechos de las víctimas a conocer la verdad. Para llegar a esa conclusión dijo que es necesario distinguir la impugnación de decisiones judiciales, de la credibilidad del testigo y de la prueba, pues respecto de la primera nunca podría utilizarse la prueba obtenida con violación del debido proceso, pero respecto de las otras dos formas de impugnación, resulta útil aprovechar esos elementos probatorios para buscar la verdad de lo sucedido.

Por el contrario, los demás intervinientes y el Ministerio Público consideran que la disposición acusada debe ser declarada inexecutable, porque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, ningún elemento probatorio o evidencia física obtenida en una diligencia inválida puede tener efectos jurídicos y, por lo tanto, no puede ser válida en ninguna circunstancia. Al respecto, dijeron que, la decisión que aquí se adopte debe ser congruente con lo afirmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005, según la cual la prueba nula no se puede tener como válida para ningún efecto.

Con base en lo anterior, corresponde a la Corte resolver **si es constitucionalmente válido admitir la eficacia, sólo para fines de impugnación, de elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada en diligencias de registros y allanamientos declarados inválidos por el juez de control de garantías.**

28. Antes de resolver el problema jurídico planteado, es importante formular una precisión: en anterior oportunidad, esta Corporación también analizó la constitucionalidad de un aparte del artículo 232 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, el estudio que se adelantó en sentencia C-591 de 2005 estuvo limitado a la expresión “*directa y exclusivamente*” que está contenida en esa misma disposición, la cual efectivamente fue retirada del ordenamiento jurídico por vulnerar el artículo 29 de la Constitución. Ahora, como en esta ocasión se impugna la expresión “*y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*”, resulta evidente que respecto de este texto normativo no existe cosa juzgada constitucional, por lo que procede su análisis de fondo.

29. Pues bien, la expresión normativa acusada está contenida en el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, que a su tenor literal dispone:

“Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física²⁹ que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación”.

Como puede verse, esa disposición, junto con los artículos 23, 360 y 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal, constituyen el conjunto de reglas jurídicas que soportan legalmente el deber jurídico de exclusión de la prueba ilícita. De esta forma, también resulta evidente que esas disposiciones desarrollan el inciso 5º del artículo 29 de la Constitución que consagra, en forma categórica y definitiva, la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso. De ahí que, es cierto que los elementos probatorios o evidencias físicas obtenidas ilícitamente no tienen vocación probatoria porque no pueden surtir efectos jurídicos, pues la violación de los derechos y garantías individuales no puede ser el fundamento de ninguna decisión judicial condenatoria.

²⁹ Inicialmente, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal disponía que “los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor...”. El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005.

Ahora, la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, cuya finalidad no es otra que la de proteger el sistema jurídico y los derechos y libertades ciudadanas, fue consagrada de manera general en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, como una obligación para el juez competente que involucra no sólo la declaración de nulidad de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, las que sean consecuencia de aquellas o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, sino también su exclusión de la actuación procesal. Esa norma fue analizada por esta Corporación en sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual dijo:

*“El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar “Principios rectores y garantías procesales” de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la **cláusula general de exclusión**, al disponer que [T]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.*

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado”.

Incluso, antes de que se expida la Ley 906 de 2004 y en aplicación directa del inciso 5° del artículo 29 de la Constitución, la Corte ya se había pronunciado sobre la cláusula de exclusión de la prueba ilícita así:

“El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos:

Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.

La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad”³⁰.

Esa misma providencia, respecto de las condiciones de aplicación de la cláusula de exclusión, la Corte advirtió:

³⁰ Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades³¹, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

³¹ Sobre este punto, ver, por ejemplo, Corte Constitucional, las Sentencias T 442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-285/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-416/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-207/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T- 329/96 (José Gregorio Hernández Galindo); T-055/97 (Eduardo Cifuentes Muñoz), *Corte Constitucional, sentencia C-412 de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz*.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución.

La Corte constata que en varias sentencias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no todo desconocimiento de las formalidades que establece el legislador para el decreto y la práctica de una determinada prueba, hace necesaria su exclusión. Para la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de irregularidades menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta imperativa su exclusión.³² También ha sostenido la Corte Suprema de

³² Ver, por ejemplo, el **PROCESO No. 10373**, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 195, 16 de diciembre de 1998. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de testimonios solicitados por la defensa y practicados sin la presencia de su defensor. La Corte encontró que tal irregularidad no incidía en la estructura del proceso, ni en su resultado (la sentencia), ni afectaba el derecho a la defensa, pues los funcionarios judiciales encargados de recepcionar los testimonios tuvieron en cuenta que se trataba de una prueba solicitada por la defensa con el fin de demostrar el lugar en el que se encontraban los procesados, por lo que no se imponía su exclusión del acervo probatorio al no desconocer el derecho a la defensa. Según la doctrina seguida por la Corte Suprema, si se presenta un vicio sustancial en la práctica de la prueba, la prueba afectada debe ser excluida del acervo probatorio, pero ello no implica necesariamente la anulación de todo lo actuado. Adicionalmente cabe anotar que la Corte Suprema de

Justicia que en el evento en que una prueba viciada deba ser excluida del proceso, ello no supone necesariamente la nulidad de todo lo actuado, pues sólo cuando se trata de una prueba esencial, cuya incidencia dentro del proceso o en la decisión sea tal que sin ella no se hubiera llegado a la sentencia condenatoria, procede la anulación de todo lo actuado.³³”

En esa misma línea, en reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo que para excluir la prueba recaudada en diligencias declaradas nulas debe evaluarse si la violación del debido proceso afecta derechos y libertades protegidas en la Constitución. Al respecto manifestó:

“Ahora bien, independientemente de que la diligencia de registro al domicilio de Villada Montoya practicado por los miembros de policía judicial con sede en el municipio de Cartago haya procedido mediante allanamiento o si contó con la aquiescencia del procesado, pues en cualquiera de los dos casos para prescindir de la orden de autoridad competente era necesario que aparecieran motivos fundados para su realización, el tema que en esta oportunidad concita mayor interés a la Sala, según se precisó en el auto mediante el cual se admitió el presente recurso de casación por la vía discrecional, radica en establecer si, como lo dice el demandante, es siempre imperativo que tales funcionarios lleguen a dicha conclusión una vez han efectuado previas labores de constatación o verificación, ya que en caso contrario la

Justicia ha recogido en varios de sus fallos la tesis de la inexistencia de las pruebas ilícitas. Ver por ejemplo, **PROCESO N° 13545**, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 02, 18 de enero de 2001. La recurrente alega que las pruebas (la confesión de la autora intelectual y los testimonios grabados de los autores materiales de un homicidio), en las cuales se comprometía a la actora como autora intelectual del homicidio, fueron obtenidos sin la presencia del defensor de ésta y por ello fueron consideradas como pruebas ilegales y excluidas del proceso. Sin embargo, a juicio de la impugnante, tales declaraciones ilegales a pesar de haber sido excluidas, se tuvieron en cuenta como indicios de su responsabilidad. La Sala rechazó el cargo por considerar que tales pruebas habían sido declaradas inexistentes y correctamente excluidas del acervo y que la responsabilidad de la actora surgía de otras pruebas válidamente aportadas al proceso. En relación con la existencia de pruebas nulas dentro del proceso, dijo la Sala lo siguiente: “El señalamiento del censor en punto a la expresión ‘Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso’ no puede adoptarse en su tenor literal, pues el instituto de las nulidades no opera de pleno derecho, sino en la medida en que opere el respectivo juicio de valor, lo que no ocurre en tratándose de los juicios de existencia de las pruebas, donde aquella que no reúne los presupuestos de formación para nacer a la vida jurídica, simplemente no existe. (...) Importa sin embargo destacar que es deber del juzgador, al momento de evaluar el recaudo probatorio, apreciarlo en su totalidad para esclarecer así lo que es objeto de su conocimiento, pero igualmente puede desestimar en su mérito probatorio aquello que no le brinde la certeza de lo que pretende probar. (...)”

³³ Ver por ejemplo, **PROCESO N° 12231**, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta No.103, 16 de junio de 2000. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de un reconocimiento en fila de personas practicado sin que los acusados fueran asistidos por un defensor de oficio y en consecuencia solicitan la anulación de todo lo actuado. En esa oportunidad sostuvo la Sala que cuando tal vicio de legalidad se produce “la solución para esos casos no consiste en la anulación de lo actuado (...), sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar, oportunidad en la que se establece el cumplimiento de las formalidades previstas para la aducción del medio en relación con el que se predica el yerro, respecto de lo cual suficiente y difundida ha sido la jurisprudencia de esta Corte”.

práctica de este tipo de diligencias entrañaría vulneración de garantías fundamentales, tales como el derecho a la libertad, propiedad privada, inviolabilidad de domicilio e intimidad, tornando la prueba ilícita, como atrás se señaló.

(...)

Así las cosas, la conclusión a la que razonablemente se llega es a la de que la diligencia de registro efectuada en el domicilio del procesado Villada Montoya no se obtuvo con vulneración de sus derechos fundamentales y, por consiguiente, no se incurrió en el yerro de apreciación probatoria que el demandante atribuye al fallo”³⁴

En tal virtud, aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: su invalidez y, en consecuencia, su inmediata exclusión de la investigación o del proceso penal, pues se trata de suprimir las actuaciones que nunca nacieron a la vida jurídica y restablecer las cosas al estado anterior a la violación de la Constitución. Así, la prueba ilícita no produce ningún efecto jurídico y menos puede demostrar hechos relevantes en el proceso debido penal.

30. Para el asunto *sub iúdice* resulta relevante recordar que, inicialmente, la cláusula de exclusión de la prueba ilícita fue presentada en el proyecto de ley de manera restrictiva, pues la propuesta se dirigía, en primer lugar, a excluir únicamente la prueba ilícita obtenida directamente y, en segundo lugar, permitía tener en cuenta pruebas recaudadas en allanamientos y registros nulos, pero obtenidas por la policía judicial de buena fe³⁵. Esas iniciativas fueron modificadas en el curso del proceso legislativo para dar mayor eficacia y contundencia a la regla general de exclusión de la prueba ilícita. Así, en relación con la nulidad de la prueba obtenida directamente en diligencias violatorias del debido proceso, en el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, se lee lo siguiente:

“El tema relativo a la cláusula de exclusión tuvo en la discusión del proyecto de Código de Procedimiento Penal, vital importancia pues se introdujo un cambio en la redacción del artículo 23 en el cual se desarrolla el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política que tiene que ver con la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales.

³⁴ Sentencia del 9 de noviembre de 2006. Expediente 23327. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Publicada en la Revista Jurisprudencia y Doctrina número 22 de febrero de 2007.

³⁵ Gaceta del Congreso número 339 del 23 de julio de 2003

El cambio que se introdujo fue el siguiente. En el inciso segundo del artículo 23 que prescribía que igualmente serían nulas las pruebas que fueran consecuencia directa de las pruebas excluidas, se eliminó la expresión ‘directa’ con lo cual todas las pruebas, fueran consecuencia directa o indirecta de aquellas practicadas en forma irregular serían excluidas del universo probatorio recaudado. Así mismo, en el artículo 491 referido a la nulidad derivada de la prueba ilícita que contenía un catálogo extenso de criterios que han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, es decir, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el balance de interés, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación, fueron reducidos a los tres primeros advirtiendo que solo se tendrán en cuenta otros criterios si son fijados por la ley.

El inciso segundo del artículo 23 del proyecto de Código de Procedimiento Penal quedó así:

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia, salvo las excepciones previstas en este código.

El artículo 491 quedó así:

Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”³⁶

En cuanto a la validez de la prueba recaudada en allanamientos y registros nulos cuando la policía judicial actúa de buena fe, se encuentra que la propuesta fue eliminada desde el primer debate en la Cámara de Representantes, por lo siguiente:

“Registro de buena fe. Se exceptúan de la exclusión anterior aquellos registros en donde la policía judicial actuó de buena fe, derivada del convencimiento, objetiva y razonablemente fundado, de que la orden fue correctamente expedida por la Fiscalía General de la Nación.

Justificación. Este artículo podría, en la práctica, dar al traste con la aplicación de la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado en el proyecto de Código de Procedimiento Penal en artículos como el 23 y 224, entre otros, pues

³⁶ Gaceta del Congreso número 104 del 26 de marzo de 2004. Esa modificación se mantuvo por el resto del debate legislativo, tal y como se observa en las Gacetas del Congreso números 167 del 4 de mayo de 2004, 200 del 14 de mayo de 2004, 248 del 4 de junio de 2004, 273 del 11 de junio de 2004, 285 del 16 de junio de 2004 y 362 del 19 de julio de 2004.

podría llegarse a la situación no lejana de que las actuaciones que tengan visos de irregularidad sean tenidas como de buena fe. Se considera que esta norma puede llegar al caso extremo de convalidar la prueba ilícita”³⁷.

Se concluye, entonces, que a pesar de que el legislador fue claro en excluir de la actuación probatoria los materiales probatorios o evidencias recolectadas en forma ilícita, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal mantuvo un caso en el que la prueba que provenga de allanamientos o registros ilícitos puede tener efectos directos e indirectos en el proceso penal: esto es, en segunda instancia.

31. Visto brevemente el contexto histórico y sistemático en el que se encuentra la disposición acusada, la Sala procede a analizar los cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

Tal y como lo dispone el artículo 250, numeral 2º, de la Constitución, en la forma en que fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es competente para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin orden judicial previa; pero sometidas al control posterior (a más tardar dentro de las 36 horas siguientes) por parte del juez de control de garantías.

En desarrollo de esa disposición, los artículos 219 y siguientes de la Ley 906 de 2004 regularon un conjunto de requisitos y condiciones para que el Fiscal ejerza esa facultad de expedir ordenes de registro y allanamiento. En esas normas se observa no sólo el carácter reglado de dicha potestad, sino también su carácter eminentemente excepcional y restringido, dado el grado de afectación y la importancia para el ser humano de los derechos fundamentales que resultan limitados con esas diligencias.

Precisamente, por su condición de garante de los derechos constitucionales y de supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal, el juez de control de garantías, un juez constitucional por excelencia, tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto en casos de allanamiento y registro de domicilios, autorizados por los Fiscales en ejercicio de sus competencias. Corresponde, entonces, al juez de control de garantías ejercer el control posterior de la orden de allanamiento o registro y de su ejecución para proteger y garantizar, de un lado, el interés de la sociedad y de las víctimas de conocer la verdad respecto de conductas penalmente reprochables que pueden afectar sus derechos y, de otro, los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad y a la dignidad del indiciado o imputado.

³⁷ Gaceta del Congreso número 564 del 31 de octubre de 2003

De esta manera, es evidente que el control judicial de garantías en la investigación penal garantiza la eficacia de los derechos al debido proceso, de defensa, a conocer la verdad y a obtener justicia con el restablecimiento de los derechos afectados, mediante la inmediata depuración de los materiales probatorios o evidencias o diligencias que no pueden tener validez en el desarrollo del proceso. En otras palabras, el control de legalidad y constitucionalidad respecto del recaudo de los elementos materiales probatorios y de evidencia física, no sólo tiene como objetivo impulsar la investigación penal sino excluir aquellos que vulneren las reglas previstas en el ordenamiento jurídico; de ahí que la exclusión de la prueba, evidencia o elemento probatorio ilícito recaudado en la diligencia de registro y allanamiento inválida puede ejercerse desde el mismo momento en que se recolecta o con posterioridad a ello. De hecho, en anterior oportunidad, la Corte dijo que *“la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”*³⁸.

Así las cosas, es fácil concluir que si el objetivo del control judicial posterior de las diligencias de allanamiento y registro es la exclusión de los materiales probatorios y evidencia física recaudada en forma irregular, para evitar que se tenga en cuenta en la investigación o en el proceso penal, resultaría un contrasentido desconocer la decisión judicial y autorizar la producción de efectos jurídicos de la prueba ilícita, por lo que es contrario al Acto Legislativo número 2 de 2003 que se mantengan las evidencias o elementos probatorios ilícitos para algunos efectos. Dicho en otros términos, de nada serviría el control de garantías si no puede sustraerse de la investigación o del proceso penal una evidencia o una prueba que tiene un origen ilegal o inconstitucional, con mayor razón si su utilización está autorizada en una etapa procesal definitiva: la segunda instancia.

Entonces, a pesar de que, como se vio, el legislador tiene amplia facultad de configuración normativa del proceso penal, no puede desconocer que los artículos 29 y 250 de la Constitución, este último tal y como fue modificado por el Acto Legislativo número 2 de 2003, encomendaron al juez de control de garantías dejar sin ningún efecto la prueba obtenida en las diligencias de allanamiento y registro, con violación del debido proceso o, en general, de los derechos y libertades del procesado o investigado.

32. Esta Corporación se pronunció en el sentido de advertir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, ningún elemento material probatorio o evidencia física obtenida en diligencia ilegal o inconstitucional puede producir efectos jurídicos en cualquier etapa procesal en el que se presente, pues eso no sólo constituye flagrante violación del debido proceso

³⁸ Sentencia C-591 de 2005

sino un mecanismo de arbitrariedad y abuso del poder estatal. Al respecto dijo:

“De conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente.

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

*(...) para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir **cualquier clase de prueba**, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto”³⁹.*

De esta manera, si un juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor y, en tal virtud, no puede generar consecuencias válidas para la investigación o para el proceso penal, pues de lo contrario se derivarían efectos jurídicos de la ilegalidad y se daría valor a la prueba obtenida con violación del debido proceso. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos

³⁹ Sentencia C-591 de 2005

de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente.

En este orden de ideas, como se advierte, la prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional.

33. Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación.

Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal.

34. De todas maneras, es importante advertir que la prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación.

35. En consideración con todo lo expuesto, la Sala concluye que, contrario a lo expresado por el Fiscal General de la Nación, en ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo

admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior. Sin embargo, en este asunto, no se evidencia que, en ninguno de los casos planteados por la Fiscalía, el legislador pudiere establecer excepción a la regla de protección del debido proceso. Así, teniendo en cuenta que el Constituyente y el Legislador diseñaron un conjunto de instrumentos procesales y sustanciales dirigidos a preservar el derecho del indiciado, imputado o condenado a gozar de un proceso penal con todas las garantías y, en especial, con la garantía de respeto por el debido proceso y la exclusión de la prueba prohibida, la Corte declarará la inexecutable de la expresión demandada.

Inhibición respecto del cargo formulado contra el artículo 327 de la Ley 906 de 2004

36. Finalmente, el demandante y la Defensoría del Pueblo dijeron que la expresión acusada, según la cual la víctima y el Ministerio Público sólo podrán discutir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar la aplicación del principio de oportunidad, desconoce los artículos 2º, 6º, 13 y 93 de la Constitución Política. En su criterio, esa disposición limita la controversia a la prueba presentada por la Fiscalía, con lo cual se impide que el Ministerio Público y la víctima impugnen los hechos y los fundamentos jurídicos de la aplicación del principio de oportunidad.

A esa misma conclusión llega la Vista Fiscal, pues considera que la expresión demandada desconoce, de un lado, el derecho de las víctimas a obtener una tutela judicial efectiva y a descubrir la verdad, obtener justicia y la reparación de los perjuicios y, de otro, la obligación constitucional del Ministerio Público a intervenir en las actuaciones penales con el fin de preservar el orden jurídico.

Por el contrario, la Fiscalía General de la Nación, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Universidad del Rosario, coinciden en sostener que la Corte no puede adelantar el juicio solicitado por el demandante por ausencia de cargo de inconstitucionalidad. Los intervinientes consideran que el reproche contra el artículo 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004, parte de la interpretación errónea de la ley, en tanto que el control de legalidad del principio de oportunidad no sólo está ligada a los hechos, sino también a la conducencia, utilidad y pertinencia jurídica de la prueba, por lo que resulta obvio sostener que se puede controvertir los hechos y los fundamentos jurídicos con base en los cuales la Fiscalía pretende aplicar el principio de oportunidad.

En este orden de ideas, lo primero que debe resolver la Sala **consiste en determinar si, efectivamente, la demanda plantea un cargo de inconstitucionalidad que se derive de la norma acusada y, por consiguiente, que autorice a la Corte pronunciarse de fondo respecto de ella.**

37. Son múltiples los pronunciamientos de esta Corporación en el sentido de indicar que si bien es cierto la acción de inconstitucionalidad concreta los derechos de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y de acceso a la justicia para defender la Constitución (artículos 40 y 229 de la Carta), por lo que no está sometida a formalismo y rigorismos sacramentales para su ejercicio, no lo es menos que es válido constitucionalmente señalar condiciones mínimas de operancia, como una carga procesal razonable que busca racionalizar su uso e impedir el control de constitucionalidad oficioso de todas las leyes. Al respecto, la Corte dijo:

“De acuerdo con la propia interpretación jurisprudencial, condicionar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad al cumplimiento de unos presupuestos mínimos, no conlleva la negación de ese derecho político, constituido en una verdadera modalidad de participación ciudadana para la defensa directa de la Constitución. Por el contrario, bajo el supuesto que en todo caso no se trata de una garantía absoluta e ilimitada, fijarle algunas condiciones de procedibilidad persigue un fin constitucionalmente admisible, como es, por una parte, viabilizar y racionalizar su uso, en el entendido que el precitado derecho no ha sido concebido para interferir sin motivo ni justificación válida la vigencia de la ley, y por la otra, delimitar el ámbito de competencia del órgano de control constitucional, ya que la Carta Política no lo faculta para llevar a cabo un control oficioso de constitucionalidad sobre las leyes.

Ha insistido la Corte que el objetivo de observar ciertos presupuestos básicos no es tampoco convertir el ejercicio de la acción pública en una especialidad jurídica, sino garantizar que el aparato jurisdiccional del Estado se ponga en movimiento sólo sobre una base razonable y sólida, es decir, que a través de aquella se plantee una verdadera controversia de tipo constitucional en torno a la posible oposición entre una norma legal y la Constitución Política, que justifique la intervención del órgano de control constitucional”⁴⁰.

Por lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991⁴¹, según el cual para que una demanda de inconstitucional se entienda presentada en debida forma, debe señalar: i) las normas que se acusan como inconstitucionales, ii) las normas superiores que se consideran vulneradas, iii) las razones por las que la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda y, iv) los motivos por los cuales se estima que las disposiciones constitucionales han sido infringidas.

⁴⁰ Sentencia C-980 de 2005

⁴¹ Sentencia C-131 de 1993

Especialmente, en cuanto a este último requisito, la Corte ha explicado que el cargo de inconstitucionalidad *“no se satisface con la exposición de cualquier tipo de razones o motivos, sino que es necesario que éstas sean ‘claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes’”*⁴². El cargo **es claro** cuando se presentan argumentos comprensivos y consecuentes con lo solicitado. Los motivos de impugnación **son ciertos** cuando la demanda recae sobre una proposición normativa real y existente⁴³, y no sobre una deducida por el actor, o implícita⁴⁴. Las razones de inconstitucionalidad **son específicas** cuando el actor explica por qué la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta, pues *“el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”*⁴⁵. En este mismo sentido, el cargo de inconstitucionalidad **es pertinente** cuando presenta argumentos de constitucionalidad congruentes con lo solicitado, pues las discusiones puramente legales y las solicitudes dirigidas a constatar la vigencia o aplicabilidad de la ley no son admisibles en el proceso de constitucionalidad. Por ello, la Corte ha dicho que no prosperan las acusaciones cuyo fundamento es el análisis de conveniencia⁴⁶, necesidad⁴⁷ o actualidad doctrinaria⁴⁸. Finalmente, los cargos **son suficientes** cuando la demanda está dirigida a desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley, esto es, cuando se genera un verdadero debate constitucional⁴⁹.

En estas condiciones, en caso de que la demanda no cumpla con las condiciones mínimas de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad, esta será declarada sustancialmente inepta y, por ello, la Corte estará obligada a proferir un fallo inhibitorio.

38. Interesa de manera especial para este asunto, la pertinencia y especificidad del cargo, pues como lo advirtió la Corte, *“el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones*

⁴² Sentencia C-1052 de 2001.

⁴³ En Sentencia C-362 de 2001, C-, la Corte concluyó que no existían cargos porque los argumentos dirigidos a reprochar la disposición partían de proposiciones que no se derivaban de la norma acusada.

⁴⁴ Mediante Sentencia C-504 de 1995, la Corte concluyó que la disposición acusada no correspondía a la realmente consagrada por el legislador.

⁴⁵ Sentencia C-1052 de 2001

⁴⁶ Puede verse la Sentencia C-269 de 1995.

⁴⁷ Sentencias C-090 de 1996, C-357 de 1997, C, 374 de 1997, C-012 de 2000 y C-040 de 2000.

⁴⁸ Sentencia C-504 de 1993.

⁴⁹ Sentencia C-1037 de 2002

inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden". Entonces, como lo ha explicado esta Corporación en reiteradas oportunidades⁵⁰, a pesar de que el procedimiento constitucional no tiene como objeto la interpretación de la ley, en ocasiones es necesario establecer el correcto entendimiento de la misma para adelantar la confrontación con las normas constitucionales que se estiman violadas. Por ello, la Sala procede a averiguar si, en efecto, la norma acusada excluye la posibilidad de que el Ministerio Público y la víctima controviertan los fundamentos jurídicos presentados por la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad.

39. La Sala comparte la conclusión a la que llegaron algunos de los intervinientes en este proceso: que el cargo formulado por el demandante contra el artículo 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004, se funda en un entendimiento literal y errado de la disposición impugnada, de tal forma que no existe cargo de inconstitucionalidad porque los reproches están cimentados en una interpretación subjetiva de la norma.

En efecto, es cierto que la expresión acusada únicamente contempla la posibilidad de que la víctima y el Ministerio Público controviertan las pruebas aducidas por la Fiscalía para sustentar la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, esa regla no quiere decir que aquellos no puedan referirse a los fundamentos jurídicos en que se apoya la Fiscalía, pues resulta evidente que, en este asunto, no se debate la existencia de una situación fáctica aislada del caso que se pretende resolver, sino de controvertir hechos jurídicamente relevantes.

El proceso penal no busca hechos considerados por sí mismos, ni persigue los medios para constatar simples situaciones humanas, se persiguen hechos con incidencia jurídica, esto es, aquellos que, una vez calificados jurídicamente, producen consecuencias imperativas y vinculantes. De este modo, el demandante olvida que no es posible desligar la calificación jurídica del concepto fáctico, pues sólo resultan apreciables judicialmente los hechos que tienen incidencia para el derecho. De ahí que la facultad legal para contradecir las pruebas traídas por la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad, inmediatamente supone la autorización para analizar los elementos de derecho estructurales en la controversia de la prueba. En otras palabras, la conducta humana sólo es relevante en el proceso penal si puede calificarse como típica, antijurídica y culpable, esto es, el hecho tiene relevancia en el proceso penal cuando se confronta con la norma jurídica.

Además, no debe olvidarse que el propio artículo 327 del Código de Procedimiento Penal exige la presencia de la víctima y del Ministerio Público

⁵⁰ Entre muchas otras, pueden verse las sentencias C-135 de 1994, C-496 de 1994, C-389 de 1996, C-4888 de 2000, C-128 de 2002 y C-820 de 2006.

en la audiencia de control de legalidad a la aplicación del principio de oportunidad, lo cual supone su participación activa y la preservación de los intereses de la víctima (artículo 328 de la Ley 906 de 2004). Eso muestra, entonces, que hace parte de la lógica misma de la audiencia de control de legalidad el debate jurídico que se origina de la prueba presentada por la Fiscalía, pues no tendría sentido considerar hechos sin relevancia jurídica ni trascendencia en el proceso penal ni exigir la presencia de la víctima y del Ministerio Público sin que ellos puedan defender jurídicamente los intereses que representan.

En este sentido, salta a la vista que, contrario a lo expresado por el demandante, la intervención de las víctimas y del Ministerio Público en la aplicación del principio de oportunidad no queda limitada al análisis fáctico, sino que supone una evaluación formal y material de este instrumento de extinción de la acción penal.

En estas condiciones, para la Sala es claro que el supuesto en que se basa el cargo de la demanda no surge de la norma, sino de la interpretación aislada y literal que de ella hace el propio demandante. Por esta razón, no es posible adelantar la confrontación de la Constitución con una disposición cuyo contenido no corresponde al que presenta el demandante, por lo que no es evidente que el reproche objeto de análisis no cumple con los requisitos de pertinencia y especificidad del cargo de inconstitucionalidad. Entonces, a pesar de que si bien al momento de admitir la demanda, se encontró que la disposición acusada podría plantear un verdadero cargo de inconstitucionalidad, lo cierto es que el examen detenido del mismo, asunto que corresponde a la sentencia y no al auto admisorio de la demanda, evidenció que la controversia presentada por el demandante, no obedece a una interpretación que se deriva de la norma acusada sino de la lectura subjetiva que de ella hace el demandante.

Al no encontrar cargo de inconstitucionalidad respecto de la norma parcialmente acusada, la Sala se declarará inhibida para conocer de fondo el asunto formulado.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “[e]n los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces”, contenida en el artículo 92 de la Ley 906 de 2004.

SEGUNDO: Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 97 y 118 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 119, inciso primero, de la Ley 906 de 2004, por el cargo formulado en la demanda.

CUARTO: Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación”, del artículo 232 de la Ley 906 de 2004.

QUINTO: **INHIBIRSE** para conocer de la demanda formulada contra la expresión “la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión”, del artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
AUSENTE CON PERMISO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

HUMBERTO SIERRA PORTO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA C-210 DE 2007**

**CLAUSULA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA-
Aplicación del principio de buena fe (Aclaración de voto)**

*No todo recaudo de material probatorio obtenido con ocurrencia de alguna irregularidad constituye necesariamente una conculcación de las garantías constitucionales del debido proceso, ni puede recibir, per se, el descalificador rótulo de “prueba ilícita”, primero porque lo que se reclama en su práctica es el cumplimiento de los requisitos **esenciales**, nivel que no es propio de todas las formalidades, de manera que no es la omisión o anomalía en cualquiera la que tiene la potencialidad de vulnerar el debido proceso. Como propuse en Sala, para seguir esculpiendo de manera expedita, ahora desde este ámbito, que la actuación penal se ha de desarrollar en plena integración entre el cabal respeto a los derechos fundamentales y la obligación de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, haciendo prevalecer debidamente el derecho sustancial (arts. 228 Const. y 10° L. 906 de 2004), la Corte Constitucional ha debido predicar desde ahora la vigencia constitucional del principio de buena fe sobre la cláusula de exclusión, tema común a los artículos 23, 455 y el parcialmente atacado 232 del estatuto procesal penal acusatorio.*

Referencia: expediente D-6405, demanda de inconstitucionalidad, contra los artículos 92 (parcial), 97, 118, 119 (parcial), 232 (parcial) y 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”.

Magistrado Ponente:
Dr. MARCO GERARDO MONROY
CABRA.

Con el acostumbrado respeto y estando de acuerdo en todo lo demás, me he apartado muy puntualmente de la motivación de la sentencia C-210 de marzo 21 de 2007, únicamente en cuanto considero que podía haberse adicionado lo que en seguida reitero en forma muy sucinta.

La Sala Plena de esta corporación atinadamente resolvió declarar inexecutable la expresión “*y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*” del demandado artículo 232 de la 906 de 2004, expresando que ante “*la exclusión de los materiales probatorios y evidencia física recaudada en forma irregular, para evitar que se tenga en cuenta en la investigación o en el proceso penal, resultaría un contrasentido desconocer la decisión judicial y autorizar la producción de efectos jurídicos de la prueba ilícita*”.

Como lo expresé en Sala, no todo recaudo de material probatorio obtenido con ocurrencia de alguna irregularidad constituye necesariamente una conculcación de las garantías constitucionales del debido proceso, ni puede recibir, per se, el descalificador rótulo de “*prueba ilícita*”, primero porque lo que se reclama en su práctica es el cumplimiento de los requisitos **esenciales**, nivel que no es propio de todas las formalidades, de manera que no es la omisión o anomalía en cualquiera la que tiene la potencialidad de vulnerar el debido proceso.

De otra parte, acepto que el contenido específico de la demanda no permitía incluir aditivas consideraciones contra el deplorable tratamiento que a la regla de exclusión se dio en el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, al plasmar deficientemente la importada teoría del “*fruto del árbol envenenado*”, sin la indispensable racionalización que se ha venido diseñando en las latitudes de origen, mediante precedentes jurisprudenciales que evitan o al menos reducen los serios riesgos que de allí emanan, si fuere asumida de manera servil.

Tampoco daba lugar a moldear la sistemática interpretación constructiva de todo el articulado pertinente, con el debatido 232 y la parcialmente salvadora remisión del 455 del Código en ciernes.

Sin embargo, como propuse en Sala, para seguir esculpiendo de manera expedita, ahora desde este ámbito, que la actuación penal se ha de desarrollar en plena integración entre el cabal respeto a los derechos fundamentales y la obligación de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, haciendo prevalecer debidamente el derecho sustancial (arts. 228 Const. y 10° L. 906 de 2004), la Corte Constitucional ha debido predicar desde ahora la vigencia constitucional del principio de buena fe sobre la cláusula de exclusión, tema común a los artículos 23, 455 y el parcialmente atacado 232 del estatuto procesal penal acusatorio.

Así lo refirió uno de los principales propulsores de la implementación del sistema acusatorio en Colombia⁵¹:

“El artículo 23 del Proyecto en mención en su inciso 2° regula el problema de la conocida doctrina de los ‘Frutos del árbol

⁵¹ Jaime Granados Peña, en “*Resumen de los comentarios al proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en el primer debate por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes*”, Bogotá, enero 16 de 2004.

ponzoñoso o envenado'⁵². La postura que he defendido tanto académicamente, como en el seno de la comisión constitucional redactora del proyecto del CPP, ha sido la de excluir toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, lo mismo que aquellas que le sean derivadas, salvo que por fuertes razones de política criminal o de técnica probatoria permitan darle un tratamiento diferente. Así, se contempló en el anteproyecto que, por ejemplo, podía utilizarse dicha prueba contaminada a los efectos de impugnación de la credibilidad del testigo, perito o del propio procesado. [Aspecto que fue rechazado por la comisión constitucional redactora]. De la misma manera se prevén las excepciones del vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable, de la buena fe de los agentes que intervienen en el diligenciamiento de la orden de registro, falta de legitimidad en quien alega la exclusión, los registros incidentales a una captura, las situaciones de emergencia, etc.⁵³

En mi opinión la clave de la bóveda de la materia está dada por el equilibrio del sistema, es decir, por la presencia de lo que la doctrina científica ha denominado 'pesos y contrapesos'⁵⁴. De una parte de la balanza está la cláusula de exclusión y, del otro lado, las excepciones; esto permite el deseable efecto de disuadir el uso de métodos ilícitos en la búsqueda de medios o elementos de convicción, a la vez que deja a salvo concretas situaciones en donde la acción de la policía y de la fiscalía no genera una lesión insalvable del estado de derecho. Lo anterior significa, que si uno de los extremos desaparece o se desdibuja, se pierde el equilibrio del sistema acusatorio y el resultado final será lamentable, ya sea por generar arbitrariedad o impunidad.

Esto es precisamente lo que temo puede presentarse con lo aprobado por la Comisión Primera de H. Cámara de Representantes, pues acogiendo el parecer de los ponentes se eliminó la excepción más importante en la práctica que es la de la

⁵² Cita en la cita, "Ver al respecto Anteproyecto de 'Código de Procedimiento Penal', Granados Peña Jaime y otros, Bogotá 2003 –Exposición de motivos, p. XXXVIII-XIVI" (sic).

⁵³ Cita en la cita, "Ver in extenso al respecto a Chiesa Aponte Ernesto, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y EE.UU., Edit. Forum, 1995, vol. I p. 192-293 y Miranda Manuel, El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal, J. M. Bosh Editor, 1999 p. 107-121 y Carrió Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Edit. Hammurabi, año 2000, p. 229-267."

⁵⁴ Cita en la cita, "Ver a Cédros, Jean, La Justice Pénale aux Etats-Unis, Presses Universitaires D'aix-massaille, 1990, p. 13-24."

*buena fe*⁵⁵. En consecuencia, considero que debería insistirse en la inclusión de esta importantísima previsión normativa.”

No podía ni puede dejarse por fuera ese principio constitucional de la buena fe, de manera que cuando en el proceso de recaudo de la prueba se incurra inconscientemente en una irregularidad, al igual que si ésta carece de trascendencia o resulta subsanable por instrumentalizada o por otro principio convalidante, el juez deberá ponderar constructivamente la actuación, bajo la preeminencia del derecho sustancial, sin arribar inexorablemente a la producción de efectos jurídicos negativos contra la eficacia en el ejercicio de la justicia.

Por compartir esos argumentos a plenitud, transcribo a continuación lo sustentado por el Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Yesid Ramírez Bastidas⁵⁶:

“1. En la metodología de aplicación de la regla de exclusión de la prueba derivada en el derecho comparado a más de las excepciones de la doctrina de la atenuación; la doctrina de la fuente independiente; la doctrina del descubrimiento inevitable; y la doctrina del acto de voluntad libre, se creó en 1984 por la Corte Suprema de los Estados Unidos la excepción de la buena fe, que como lo recordara la Corte Constitucional,

*‘... según la cual, la evidencia ilícitamente obtenida por un policía que actuó de buena fe porque desconocía que la orden judicial que decretó la prueba estaba viciada y el magistrado que la emitió era neutral, puede ser utilizada y valorada en el juicio*⁵⁷. *Inclusive, la buena o mala fe es irrelevante cuando el error cometido es inofensivo, es decir, que las pruebas inconstitucionalmente obtenidas en virtud de un error intrascendente que el juez puede mostrar más allá de una duda razonable que no habrían afectado el resultado del caso no tienen que ser excluidas*^{58,59}.

⁵⁵ Cita en la cita, “*Ver Chiesa Aponte, Ernesto, ob cit, vol. I – p. 198-202*”.

⁵⁶ Adición de voto a la sentencia de noviembre 9 de 2006, de la Sala de Casación Penal, M. P. Marina Pulido de Barón, en el asunto de radicación N° 23.327.

⁵⁷ Cita en la cita, “*Leon v. U.S. (1984) 468 U.S. 897*”.

⁵⁸ Cita en la cita, “*Chambers v. Maroney (1973) 410 U.S. 284*. Esta excepción se extendió en 1991 inclusive a las confesiones involuntarias usadas en el juicio, caso *Arizona v Fulminante, 373 U.S. 1246*”.

⁵⁹ Cita en la cita, “*CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. SU-159 marzo 6 de 2002*”.

2. *En el proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación como consecuencia del Acto Legislativo 003 de 19 de diciembre de 2002 que adoptó el sistema acusatorio de procesamiento penal en Colombia se incluía una disposición que exceptuaba de la exclusión aquellos registros donde la policía judicial hubiera actuado de buena fe derivada del convencimiento fundado, objetiva y razonablemente, de que la orden de registro fue correctamente expedida por el Fiscal investigador.*

3. *Aun cuando esa propuesta normativa fue excluida por el Congreso de la República en el proyecto que finalmente se convirtió en la Ley 906 de 2004, ningún obstáculo se presenta para que los jueces la pueden aplicar en virtud de la presunción de buena fe a que alude el artículo 83 de la Carta Política que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que estos adelanten.*

4. *Desde tiempos remotos la buena fe ha constituido uno de los principios fundamentales del derecho, bien por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, ora por su aspecto pasivo, como el derecho de esperar que los demás proceden de la misma forma. Es una regla general que la buena fe se presume, pues es lo que usualmente ocurre en el comportamiento de los hombres, mientras que el proceder de mala fe debe comprobarse.*

5. *Como lo indicara al comienzo, comparto la decisión de la Sala en cuanto a que la diligencia de registro efectuada en el lugar de residencia del procesado... no se obtuvo con violación de sus derechos fundamentales, porque medió averiguación previa para inferir que allí operaba un expendio de narcóticos, el indiciado accedió voluntariamente al registro ante la evidencia que lo incriminaba y se trataba de una flagrancia permanente de tal conducta punible, a lo que se suma la buena fe con la cual actuó la policía que en manera alguna desdice del registro así practicado.”*

Con lo anterior dejo brevemente expuestas las razones por las cuales, con el mayor respeto, difiero en parte de la motivación del punto referido, en el fallo adoptado por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado