

Sentencia C-144/10

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargos

UNIDAD NORMATIVA EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Integración y procedencia

En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo. Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad.

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Finalidad

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía

General en el ejercicio de su actividad investigativa

SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Características

De la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes: i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego. iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7). iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público. v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada. vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL- Determinación de estructura

La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que en la ordenación de procedimientos, el legislador goza de un amplio poder de configuración normativa, que para el caso de lo previsto en el artículo 150-2 de la Constitución, permite autónomamente determinar la estructura del procedimiento judicial a emplear en los diferentes casos y frente a los distintos sujetos, sometido sí al estricto cumplimiento de la preceptiva constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Condicion

La doctrina constitucional ha considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas

FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO-Concepto

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.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Principios y garantías procesales del debido proceso/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance/PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Conceptos jurídicos indeterminados

El debido proceso se ha configurado constitucionalmente a partir de diferentes principios y garantías, dentro de las cuales se encuentran, de modo estructural, el principio del nulla poena sine lege, la definición de un juez o tribunal competente y la observancia de la plenitud de formas propias de cada juicio. En este sentido el principio de legalidad, pieza esencial del Estado de derecho y constitucional de derecho, es un supuesto indispensable para la concreción del derecho fundamental consagrado en el artículo 29, así como en los artículos 9 de la Convención americana de derechos humanos y 15 del PIDCP. Ahora bien, en tanto se ha visto que el legislador cuenta con cierta libertad de configuración legal, y en particular de las normas de procedimiento, su alcance no necesariamente agotará los contenidos normativos de lo que regule, pero sí deberá garantizar la igualdad de trato, así como crear la seguridad jurídica sobre la sustancia y el modus operandi del proceso. Esto a fin de que las partes e intervinientes sepan i) cuáles son sus derechos, deberes y responsabilidades; ii) cuáles serán las actuaciones que componen el procedimiento judicial o administrativo que se adelanten a su favor, en su contra o respecto de sus intereses, y, iii) cuáles son las diferentes decisiones y medidas que pueden adoptar las autoridades que los dirigen o que participan en ellos. En derecho penal sustancial, las exigencias relacionadas con la claridad y precisión de las conductas reconocidas como

delito, han dado lugar a la muy vasta y rica doctrina sobre el principio de tipicidad. En derecho procesal penal no se ha formulado una teoría tan exigente, pero aún así, se ha determinado como pauta de la técnica legislativa, que las disposiciones que regulan un determinado procedimiento se conciben de modo tal, que hagan posible a los sujetos de derechos y a los operadores jurídicos, su comprensión y entendimiento meridiano, a fin de que puedan ser reconocidos sin dificultad por aquellos vinculados al proceso (como autoridad, como parte, como interviniente, como tercero, etc.). Lo anterior no significa que el legislador no pueda ordenar un procedimiento en el cual incluya para ciertos efectos, conceptos jurídicos indeterminados pero determinables. Su correcto empleo busca habilitar al juez para adoptar decisiones de mérito o de trámite, ajustadas a circunstancias o condiciones específicas que presente cada caso en concreto, que no pueden ser anticipadas plenamente por la ley, pero que deban ser tenidas en cuenta para que la medida tomada responda mejor a los criterios de justicia material que la Constitución contempla. No obstante, a los efectos de que su formulación no se convierta en una excusa para la arbitrariedad judicial y la violación de derechos y garantías, es importante que su empleo por parte del legislador esté regido por ciertas pautas con las cuales se asegure una adecuada comprensión y aplicación, así como la obtención de los fines para los cuales se han previsto. Por ello la jurisprudencia constitucional, ha establecido que en materia penal, en asuntos de carácter sustancial-procesal o procedimental, los conceptos jurídicos indeterminados son admisibles en la estructura normativa de las reglas, siempre y cuando permitan una interpretación a la vez racional y razonable.

AUDIENCIA PUBLICA DE JUZGAMIENTO-Facultad del juez penal para la suspensión/SUSPENSION DE AUDIENCIA EN PROCESO PENAL-Condicion

Aplicando los criterios del precedente jurisprudencial sobre los conceptos jurídicos indeterminados, se encuentra que es conforme a derecho y es manifestación legítima de la potestad de configuración normativa, establecer que el juez esté facultado para suspender la audiencia pública de juzgamiento cuando las circunstancias lo ameriten, bajo ciertas condiciones que se desprenden claramente de la forma como están redactados los preceptos, a saber: i) que están excluidas las maniobras dilatorias del procesado o del defensor, o las que buscan excusar los defectos de funcionamiento, ineficacia o ineficiencia de la administración de justicia. ii) que la justa causa de la suspensión no se puede prolongar sino por el tiempo mínimo requerido en que dura el fenómeno en concreto; y iii) una última según la cual, el juez tiene que justificar expresamente la decisión, para que lo conozcan las partes y puedan en su caso controvertirlo.

MINISTERIO PUBLICO-Función en el proceso penal

El Ministerio público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respecto de

los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento. El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho

JUEZ DE CONOCIMIENTO EN PROCESO PENAL-Función respecto de la prueba

Recogiendo la doctrina sentada por esta misma Corporación y también por la Corte Suprema de Justicia, que es una característica del sistema procesal penal colombiano de tendencia acusatoria, que el juez de conocimiento, esto es, el que adelanta el juicio oral, no sea un árbitro o sujeto plenamente neutral que no despliega actuación distinta a la de atender y valorar la exposición que de los hechos hacen las partes del proceso a través de las pruebas allegadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento. Con todo, también se ha visto que el diseño del constituyente, desarrollado por el Código de Procedimiento Penal, han procurado que las competencias reconocidas al juez llamado a fallar el proceso, sean compatibles con los principios que estructuran el proceso y con el propósito latente al sistema de tipo acusatorio, de que su actuación esté revestida de todas las condiciones factibles que garanticen su plena imparcialidad.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Elementos de la actividad probatoria

*Como elementos de la actividad probatoria que surgen de la estructura misma del sistema penal, destaca los siguientes: i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho. ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras*

la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos. iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de la verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado. iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria. v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado

**PRINCIPIO DE CONCENTRACION EN EL PROCESO PENAL-
Aplicación/AUDIENCIA EN EL PROCESO PENAL-Circunstancias
especiales de suspensión**

El concepto de “concentración” como forma de desarrollar la audiencia lo más continua posible, agrega la salvedad que es objeto de acusación en este proceso según la cual dicho principio operará “sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen”. Y a ello le sigue el exhorto al juez para que vele porque “no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”. Es decir que la proposición acusada se compone de varios elementos, no todos destacados por el actor. Se habla de una autorización, suspender la actuación procesal, que es adjetivada con el adverbio “excepcionalmente”, lo que a su vez se especifica bajo el criterio de que se presenten “circunstancias especiales” que justifiquen tal suspensión, y por un término cierto: hasta de 30 días. Por su parte, el art. 454 CPP, al reiterar el principio de concentración en el título específico sobre el juicio, entendido

también como adelanto de la audiencia del juicio oral de forma continua, introduce igualmente una salvedad por cuya virtud autoriza al juez a suspender el proceso. Incluye esta vez dos elementos circunstanciales de cualificación de la medida y uno temporal. Los primeros, según los cuales la suspensión puede ocurrir cuando se presenten “situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad”, y cuando no exista “otra alternativa viable”. El segundo, que establece que la suspensión de la audiencia, puede prolongarse “por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

Referencia: expediente D-7832

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 parcial, 112, 357, 245, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de procedimiento penal.*”

Actor: Jairo Ardila Espinosa

Magistrado Ponente:
Dr. JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Bogotá D. C., tres (3) de marzo de dos mil diez (2010).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el ciudadano Jairo Espinosa Ardila demanda los artículos 17 (parcial), 112 (parcial), 357 (parcial), 245, 362 (parcial), 397 (parcial), 415 (parcial), 438 (parcial), 450 (parcial) y 454 (parcial), que forman parte del Código de Procedimiento Penal¹.

Por auto de diez (10) de agosto de dos mil nueve (2009), el Magistrado sustanciador admitió la demanda presentada por cumplir las exigencias dispuestas por el Decreto 2067 de 1991, y se corrió traslado del expediente al

¹ La demanda indica en su introducción que se acusa la ley 1142 de 2007. Con todo, en la medida en que tal enunciado sólo allí aparece y todas las restantes afirmaciones subsiguientes del libelo hacen referencia a las disposiciones específicas acusadas provenientes de la ley 906 de 2004, la Corte no tendrá en cuenta aquella proposición por entenderla un *lapsus cálimi*.

Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto correspondiente.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las disposiciones que se acusan:

LEY 906 DE 2004

(Agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

ARTÍCULO 17. CONCENTRACIÓN. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

ARTÍCULO 454. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN. La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.

El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacérsele comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.

ARTÍCULO 112. ACTIVIDAD PROBATORIA. El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código.

Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código.

ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

ARTÍCULO 245. EXÁMENES DE ADN QUE INVOLUCREN AL INDICIADO O AL IMPUTADO. Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

ARTÍCULO 362. DECISIÓN SOBRE EL ORDEN DE LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.

ARTÍCULO 397. INTERROGATORIO POR EL JUEZ. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

ARTÍCULO 415. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librerá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

(Los apartes subrayados constituyen las proposiciones jurídicas acusadas).

III. PRESENTACIÓN DEL CASO

Como quiera que se acusan una pluralidad de preceptos del Código de Procedimiento Penal de distinto contenido y alusivos a diferentes materias, la Corte constitucional expondrá los argumentos de la demanda así como las intervenciones² y el concepto del Ministerio público³ de manera separada para cada precepto acusado, a modo de facilitar el estudio del caso y su presentación.

3.1. Sobre los artículos 17 (parcial) y 454 (parcial) del C.P.P.

El demandante considera que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 29 de la Constitución política, así como el 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

² No se incluyen en tal presentación las siguientes intervenciones extemporáneas formuladas, cuyas observaciones en términos generales sobre las disposiciones del Código de Procedimiento Penal fueron las siguientes: i) Escrito de la Universidad Sergio Arboleda, Departamento de Derecho Penal, en el cual solicita: frente a los apartes de los artículos 17 y 454 que la Corte se declare inhibida por ausencia de un verdadero cargo; sobre los artículos 112 y 357 (parciales), estima que deben ser declarados inexecutable, no sólo en el aparte acusado sino en su integridad. En cuanto al artículo 245 estima que debe ser declarado condicionalmente executable en el entendido que los cotejos deberán contar con la autorización previa del juez. El aparte acusado del artículo 362 solicita se declare executable, en cambio el artículo 397 (parcial), debe ser declarado inexecutable. Sobre el artículo 415 solicita se declare executable, mientras que respecto de la acusación parcial del artículo 438 pide a la Corte declararse inhibida. Finalmente sobre el aparte acusado del artículo 450 solicita que se declare inexecutable, por contrariar abiertamente la Carta (folios 102-125). ii) Escrito de la Universidad Libre de Pereira, en el que se solicita declarar executable los artículos 17 y 454 y 112 y 357, 362 y 397; por su parte reclama la constitucionalidad condicionada del artículo 415 en el entendido de que las partes deben presentar con el escrito de acusación los elementos probatorios de que trata tal disposición. Sobre el artículo 438, solicita una sentencia interpretativa, que establezca las reglas a las cuales se debe someter el juez para admitir las pruebas de referencia. Finalmente solicita declarar inexecutable el aparte acusado del artículo 450. (folios 127-132). iii) Escrito del miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Fernando Arboleda Ripio, en el que solicita respecto de los artículos 17 y 454, declararlos executable. Sobre los apartes acusados de los artículos 112 y 357 estima que el problema no está en la oportunidad del Ministerio público de solicitar pruebas, sino en el juez de mantenerse imparcial. Respecto del artículo 245 estima que es constitucional pues resulta acorde al principio de celeridad que rige el proceso, a más de resultar una medida legislativa ponderada. En cuanto al artículo 362, parcial, pide que se declare conforme a la Constitución por cuanto su contenido es conforme a ella y ha sido sólo mal interpretado por el actor. La misma solicitud presenta respecto de los artículos 415, 438 y 450, pues en los cargos se evidencia falta de comprensión de las disposiciones, que contemplan en su criterio medidas ponderadas (folios 135-145).

³ Correspondiente al No. 4852 y presentado a la Corte Constitucional con fecha de 1º de octubre de 2009.

En su criterio las normas acusadas impiden cumplir con el mandato de que las personas sean procesadas y juzgadas en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas. Además, estima que se rompe el principio de la concentración al autorizar que el juez, no el legislador, sea quien determine cuáles son las razones por las cuales se puede suspender el juicio, con la implicación sobre la persona de que se prolongue su privación de la libertad sin causa justificada por la ley. Lo anterior implica violación a los principios de concentración e inmediación de la prueba propios del proceso de tendencia acusatoria.

Con el empleo de doctrina científica, argumenta que carece de sentido que en el adelanto del juicio se de una “sucesión indefinida de momentos episódicos respecto de los cuales no es posible un sentido de unidad”. (folio 3). Más aún cuando la realidad jurídica del país muestra que buena parte de los juicios no se adelantan en sesiones seguidas y la suspensión del término de 30 días establecido en la disposición generalmente se supera, con lo cual “el juicio oral se convierte en una colcha de sesiones de audiencias, que en últimas viene a convertirse en un análisis y valoración probatoria sobre los registros de las audiencias anteriores (...) destruyendo el concepto de inmediación del Juez Con la Prueba [sic]”. (folio 3).

En seguida, retoma las definiciones que del principio de concentración traen el Diccionario Jurídico Thompson-Aranzadi, 2004 y del Diccionario Jurídico Colex, 2004, así como apartes de la sentencia C-591 de 2005 en los cuales se precisa sobre la importancia que en la etapa del juzgamiento posee el recaudo de pruebas que no se han recolectado en la investigación y que completan los elementos que debe evaluar el juez en su integridad y de manera global. Y luego, transcribe los apartes de una “jurisprudencia” que no identifica, en la que se alude a los términos judiciales y los principios constitucionales de celeridad y eficacia, así como a la idea de la justicia pronta y oportuna en la Constitución política. Lo anterior “como quiera que la ley no contempló un término para efectos de la libertad para la persona procesada a la que ya se le inició el juicio (Audiencia de juicio oral), su libertad queda en manos del juez de conocimiento, pudiéndose demorar este evento mucho más del tiempo que tiene la fiscalía para acusarlo, lo que no resulta coherente en la medida en que los términos definidos en la ley debe ser expresos, en aras de proteger el derecho de libertad” (folios 6-7).

De otro lado afirma que la excepcionalidad de la suspensión a criterio del juez, permite de parte de éste una interpretación de lo que es o no excepcional, cuando las excepciones deben ser definidas por la ley.

Finalmente estima: “nuestros jueces a diario y según la demanda de justicia penal, necesariamente deben atender múltiples procesos que generaran que la atención que se le preste a otros asuntos similares o diferentes, no permitan efectivizar la inmediación con la prueba con juicios suspendidos”. (folio 7).

Por todo lo anterior, solicita que se declaren inexecutable los apartes acusados de los artículos 17 y 154 del C.P.P.

La **Fiscalía General de la Nación** inicia su intervención observando que la regulación del *ius punendi* es competencia del Legislador, la cual se encuentra sujeta a los principios y garantías fundamentales previstas en los tratados internacionales sobre DD.HH., en la Constitución y en la ley. Uno de tales principios es la concentración, cuyas características describe a través de una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴. También, con base en la sentencia C-123 de 2004, señala las reglas para que se pueda suspender el proceso. Conforme a lo anterior, observa cómo el artículo 454 del C.P.P. describe las situaciones que justifican la suspensión del proceso pero también la autorización para repetir las audiencias cuando se afecta la memoria de lo sucedido por la suspensión, o cuando ocurre cambio de juez. De allí que encuentre que los artículos 17 y 454 del C.P.P., contemplan los principios de concentración e inmediación y “no existe violación alguna al debido proceso y a los sub-principios derivados de éste, como equivocadamente lo pretende hacer creer la demanda” (folio 56).

El **Ministerio del Interior y de Justicia**, considera que la ordenación jurídica que contemplan los apartes acusados de los artículos 17 y 454 de la ley 906 de 2004, admite la suspensión de la audiencia del juicio oral pero de modo excepcional pues la regla general determina que la audiencia sea continua. Por esto se establece en el artículo 454 “el presupuesto objetivo para que opere la suspensión”, el cual debe ser una situación sobreviniente y de gravedad manifiesta. En este marco estima que debe conferirse al juez, “un margen de discrecionalidad, para evitar quitarle, a través de una regulación estricta, la posibilidad de dar solución a una situación de anormalidad, provocada por situaciones desconocidas e imprevisibles” (folio 65).

Describe el hecho imprevisible como el no posible de contemplar y el hecho irresistible como el que no se puede evitar, los cuales son requisitos que se deben completar para el decreto de suspensión del proceso.

Estima, conforme a la descripción de la sentencia C-1198 de 2008 de la noción de causa razonable, que no existe omisión legislativa relativa ni violación de norma superior, en no haber señalado de manera expresa las causas de suspensión de la audiencia del juicio oral. Lo anterior porque la lectura integral del procedimiento penal permite entender claramente cuáles son las situaciones objetivas que justifican la medida, sin violar derechos ni dilatar injustificadamente el proceso.

La **Universidad Nacional de Colombia**, estima que las expresiones de los artículos 17 y 454 del C.P.P. en las que se confiere al juez poder de suspender la audiencia, ante “situaciones especiales que lo justifiquen ” y “situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad”, son normas penales en blanco y un tipo penal abierto. Al ser normas penales ambiguas y vagas dan lugar a “interpretaciones demasiado extensas”. Esta tipología de preceptos no responden a los ingredientes de la norma penal como escrita, estricta, previa y

⁴ Proceso 30645 de marzo 5 de 2009. Vid. folio 55.

cierta, ni al principio de tipicidad del artículo 10 del Código penal, con lo cual se contradicen los postulados elementales de la legalidad, se denotan defectos indiscutibles de técnica legislativa y se restringen derechos fundamentales del procesado (folio 93). Sobre el particular entonces concluye: “sin duda alguna se constituyen como normas penales en blanco que muestran graves defectos de legalidad de las normas en cuanto a su certeza, taxatividad y deber de ser estrictas” (folio 94).

Explica a este respecto que los términos utilizados en las disposiciones acusadas “por su amplitud conceptual y falta de concentración en relación con su alcance real, dan lugar a interpretaciones demasiado subjetivas que desfiguran el contenido del principio rector no siendo menos que premisas confusas, vagas, ambiguas y contrarias a los lineamientos de positivización del Derecho penal” (folio 94). Así mismo, con ellas se vulneran los postulados de celeridad y eficacia que deben regir la administración de justicia, “además de dejar en vilo la situación jurídica del procesado pues la procedencia de su libertad se suspende en el momento de la iniciación del juicio oral” (folio 95).

En lo que respecta al concepto del **Procurador General de la Nación**, en éste se presenta un análisis introductorio en el que se destacan las características del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, que no responde a un modelo acusatorio puro en sentido estricto. Apunta a este respecto que la reforma constitucional introducida en el Acto Legislativo número 3 de 2002, introdujo una marcada tendencia acusatoria en el proceso penal, con el objetivo de asegurar la eficiencia del mismo, es decir, la garantía real de bienes jurídicos protegidos y la protección de los derechos fundamentales del implicado y de la víctima. Conforme a la jurisprudencia que cita, es por ello que se establecen límites a las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación, se fija su rol en el ejercicio de la acción penal y la investigación, la separación de las funciones del fiscal y del juez, teniendo éste último la tarea de defender los derechos de los investigados, de las víctimas y de la sociedad en general.

Sin embargo, precisa la Vista Fiscal que a pesar de lo dicho, no se consagró un modelo acusatorio puro, al estilo del sistema anglosajón o del sistema continental europeo, de modo que las modificaciones introducidas en la Carta sobre este asunto, deben ser interpretadas en armonía con los demás principios y derechos que la integran, “matizando y condicionando principios como el de oportunidad y el adversarial para efectos de ajustarlos a las necesidades y presupuestos propios de nuestra tradición jurídica” (folio 158).

A partir de tales consideraciones generales, se pronuncia sobre los aspectos concretos de la demanda. Así y con relación a los apartes acusados de los artículos 17 y 454 de la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público encuentra que no vulneran el debido proceso penal, “ya que la efectividad del derecho no excluye que en algunas ocasiones la autoridad competente pueda suspender la realización de diligencias en el proceso por circunstancias que le den lugar [sic] o que estén plenamente justificadas” (folio 160).

No obstante las características del juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, encuentra el Ministerio público que puede ser excepcionalmente suspendido, por un lapso determinado, suspensión que “además de ser excepcionalísima debe estar sometida a una exigente carga argumentativa para quien la solicite, de tal manera que los motivos para ella sean altamente justificados para evitar dilaciones del proceso” (folio 160).

Y en lo que hace a las circunstancias que ameritan dicha suspensión, encuentra que al legislador le es imposible preverlas, por lo cual encuentra razonable y proporcionado que la suspensión de la audiencia pública hasta por 30 días, por circunstancias especiales, o por situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, sean valoradas por el juez como director del proceso, en cada caso concreto.

Solicita por ello declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas del artículo 17 y 454 de la Ley 906 de 2004.

3.2. Sobre los artículos 112 (parcial) y 357 (parcial) del Código de Procedimiento Penal.

Según el **demandante**, los apartes destacados de los artículos 112 y 357 del C.P.P. violan el debido proceso penal de tendencia acusatoria, “por ser un proceso de partes”. En seguida, presenta extractos de la sentencia C-591 de 2005 en donde se alude al carácter no típicamente adversarial del proceso penal colombiano, en atención a que el juez no es un mero árbitro, a la intervención de la víctima y del Ministerio público, así como a las funciones que corresponden a la partes e intervinientes como a la Fiscalía.

Trae igualmente apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la no. 29979 de octubre 27 de 2008, en la que se destaca la importancia de la separación de funciones entre acusación y juicio, lo que tal estructura representa en cuanto a la función de las partes y la forma como con ello se traduce la procura de la imparcialidad del juez.

Y tras reiterar las funciones que en el proceso de tendencia acusatoria corresponden al juez y a las partes, apunta: “Si bien la Constitución y la ley ha facultado al Ministerio Público en función de policía judicial, en ciertos asuntos y se considera prudente el aseguramiento de la prueba anticipada, lo que no puede permitirse es que ya frente a un proceso en particular, y en audiencia preparatoria el Ministerio Público tenga la facultad de pedir pruebas” (folio 9). Además, esta institución tiene definidas sus funciones dentro del proceso en el artículo 111 del C.P.P. y “dentro del art. 277, no se encuentran las de la práctica de pruebas dentro del proceso penal” (folio 10).

No resulta entonces lógico que dentro de un esquema adversarial, un interviniente especial “resulte eventualmente apoyando probatoriamente la acusación, o en su defecto la defensa, así se trate de solicitudes probatorias excepcionales”, pues de este modo resultaría desequilibrando el proceso a

favor de uno o de otro (folio 10). Además, el actor no se explica cómo el Ministerio público podría llegar al conocimiento de una prueba nueva y conducente no recaudada ni por la Fiscalía ni por la defensa. Y si es el resultado de las investigaciones de la Procuraduría, de todas maneras estaría en la obligación de ponerlas en conocimiento del ente investigador, “por lo que la noticia de una prueba desconocida pare [sic] ellos no tiene claridad de su manejo o por lo menos de su consecución” (folio 10).

El Fiscal General de la Nación considera que la función del Ministerio público según el Acto legislativo No. 03 de 2002 (art 250, par. C.P.), sigue siendo lo previsto en el artículo 277 de la Constitución. Por ello se consagra en el C.P.P., que al Ministerio público le corresponde la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales (art. 109).

Sigue luego con la jurisprudencia de la Corte constitucional⁵ para señalar que la presencia de la Procuraduría refuerza la gama de protecciones ofrecidas en el proceso penal. No obstante agrega, esta vez conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, que el Ministerio público tiene una actuación limitada sólo a evitar la violación de los derechos y garantías fundamentales y con el propósito de conseguir el “cabal conocimiento del caso”. Con base en lo anterior concluye que las “disposiciones demandadas no suponen violación alguna al derecho constitucional del debido proceso (...) pues las facultades probatorias (...) en el desarrollo del juicio oral son excepcional[es] y restringidas, lo cual implica la solicitud de una prueba de esencial influencia en el juicio, cuando observe la manifiesta violación de derechos fundamentales” (folio 57).

El Ministerio del Interior y de Justicia, estima que los apartes acusados de los artículos 112 y 357 del C.P.P., en los que el legislador otorga al Ministerio público la facultad de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria de la etapa del juicio, no vulneran el artículo 29 constitucional.

En busca de la procura del orden justo, dice el Ministerio, con el Acto legislativo no. 3 de 2002 se creó un sistema procesal penal cuyo propósito ha sido el de alcanzar la justicia material. Este sistema empero no es puro, aunque desligó al juez de la investigación y dejó dicha actividad para la Fiscalía, la defensa, las víctimas y también el Ministerio público. Esta última institución, precisa el Ministerio del Interior y de Justicia, tiene la función de proteger los derechos humanos, de modo que en los procesos penales su función es la de procurar la verdad y la justicia, así como el respeto al procedimiento y al debido proceso. Por ello, con su participación en el proceso no se busca más que hacer efectivos tales principios, y de este modo, representar el interés de la sociedad.

⁵ Sentencias C-966 y C-1092 de 2003.

⁶ Proceso 30782 de 20 de mayo de 2009.

Por todo lo anterior, solicita que se declaren exequibles las proposiciones acusadas.

La **Universidad Nacional de Colombia**, solicita declarar inexecutable las expresiones acusadas por el demandante, pues con ellas el Ministerio público adquiere “una intervención excesiva y extraña al sistema adversarial”. Por eso cierra esta observación afirmando: “En síntesis, de las funciones que la Constitución le otorga al Ministerio Público en el art. 277 no se desprende la facultad de solicitar pruebas en los eventos descritos en la norma acusada” (folio 89).

Esta es la conclusión que obtiene tras presentar la descripción constitucional del Ministerio público contemplada en los artículos 118 y 277 de la C.P., que es una figura “sui generis” pues aunque vigila y protege los intereses sociales y los derechos individuales, no es parte en el proceso ni actúa como tal.

El **Procurador General de la Nación**, por lo que hace a lo previsto en los artículos 112 y 357 del Código de Procedimiento Penal y a la facultad allí otorgada para que el Ministerio Público pueda solicitar pruebas en la audiencia preparatoria de la etapa del juicio, destaca que las funciones de dicha institución se encuentran plasmadas con claridad en el parágrafo del art. 250 constitucional, en concordancia con el art. 277. En desarrollo de lo anterior, se establecieron las competencias del Ministerio público en los artículos 109 y 111 de la Ley 906 de 2004, en los que se determinaron los alcances de la intervención del mismo en el proceso penal. Además destaca que las facultades probatorias reconocidas son excepcionales⁷, como en el evento acusado y establecido en el artículo 112, en concordancia con el artículo 357, los cuales no afectan el debido proceso sino que al contrario, lo garantizan y respetan, junto con la protección de los intereses sociales y los derechos individuales como representante de la sociedad.

Es decir que el “control institucional y el control social sobre el desarrollo de los procesos penales y las decisiones de los jueces de esa misma jurisdicción justifican de suyo la necesaria labor del Ministerio Público” (folio 164). Por ello solicita a la Corte constitucional declarar la exequibilidad de los apartes acusados de los artículos 112 y 357 de la Ley 906 de 2004.

3.3. El artículo 245 del C.P.P.

El actor sostiene que el artículo 245 del C.P.P. viola los artículos 29 y 15, así como el 250 de la Constitución.

Luego de transcribir apartes de las sentencias C-822 de 2005 y C-336 de 2007, observa que “dentro del marco de la ley 906 de 2004, lo referente a la afectación, limitación, restricción etc., de Derechos fundamentales queda cobijada bajo la reserva judicial, esto es solo el Juez de garantías, previo

⁷ Art. 357, 359, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004.

estudio de la necesidad, urgencia y proporcionalidad de las medidas, autoriza la afectación, limitación o restricción del derecho” (folio 13).

Añade en seguida, que la disposición demandada no está, “ni puede considerarse ni encajarse” dentro de las excepciones constitucionales del artículo 250, numeral 2º constitucional, en la cual se autorizó a la Fiscalía adelantar ciertos procedimientos sin previa orden judicial, pero con su control posterior.

Concluye así, que “la información sobre la cual se accede corresponde a la información semi-privada, privada y reservada, y a pesar de ello, no se requiere autorización previa del Juez de control de garantías, violándose con ello el art. 29 constitucional, en lo referente a la reserva judicial, y al precedente jurisprudencial de esa corporación y se habla de un control posterior sobre los resultados de los respectivos cotejos con los exámenes practicados [sic] (folio 14).

El **Fiscal General de la Nación** no se pronuncia sobre esta disposición, pues estima que la Corte constitucional ya la analizó en sentencia C-025 de 2009, señalando su constitucionalidad condicionada.

El **Ministerio del Interior y de Justicia** alega que en lo referente a la reserva judicial, existe cosa juzgada relativa como quiera que con la sentencia C-025 de 2009 se declaró la constitucionalidad condicionada de esa disposición. En efecto, la Corte entonces estimó que para el cotejo de exámenes de ADN, cuando el indiciado tiene noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de imputación, se está investigando su participación en un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizar su participación y la de su abogado en la audiencia posterior al control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

En cuanto al derecho a la intimidad, en opinión del Ministerio la disposición acusada no lo vulnera, pues conforme la sentencia C-131 de 2009, no se trata de un “derecho absoluto, por lo que puede limitarse dentro del proceso penal, siempre que se guarde la garantía de la reserva judicial para autorizar su restricción” (folio 72). En ese asunto, comenta la representante del Ministerio del Interior y de Justicia, la Corte también juzgaba la constitucionalidad de una medida que autorizaba una actuación sin control previo por parte del juez, acusada por suponer violación del derecho a la intimidad. Entonces la Corte admitió excepciones al principio de autorización por parte del juez de control de garantías, justificado en la necesidad y oportunidad del recaudo de la información y en el hecho que de no efectuarse pueden permitir su pérdida, en desmedro del interés estatal de proteger la investigación. Algo semejante se menciona, respecto de la sentencia C-025 de 2009, en la que la Corte declara constitucional, en tanto que excepcional, el adelanto de algunas actuaciones sin autorización previa.

Por esto concluye que bajo la rigurosidad de que el control posterior se produzca dentro de las 36 horas siguientes, “aparecen incólumes las garantías

de las partes y de los intervinientes en el proceso penal y los principios que regulan la administración de justicia, entre ellos la reserva judicial” (folio 75).

La **Universidad Nacional de Colombia**, para respaldar la inexecutable solicitada sobre el artículo 245 del C.P.P., comienza por señalar que la dignidad humana constituye un límite material al *ius punendi* en el Estado social de Derecho y su concreción se ve reflejada en el derecho a la intimidad (arts. 15 y 42 C.P.) . Así y no obstante el *ius punendi* supone *per se* limitación de los derechos fundamentales, tales limitaciones “deben estar enmarcadas dentro de los estrictos estándares de seguridad para el ciudadano, sujeto y objeto del proceso penal en garantía de prelación de la Dignidad Humana” (folio 97).

A estos efectos, dice el interviniente que se ha previsto la garantía de la reserva judicial o de jurisdicción, por virtud de la cual las limitaciones al ejercicio de los derechos sólo pueden provenir, por lo general, de autoridades encargadas de la administración de justicia. Lo previsto en el artículo 245 del C.P.P. de permitir al fiscal autorizar la práctica de ciertos exámenes, “se tipifica como una extensión indebida y errónea del artículo superior 250 numeral 2 (...)”. Pero agrega a continuación que el facultar al ente acusador “parcializado por naturaleza, de irrumpir en el ámbito de la intimidad personal a grado extremo” (folio 98), representa una inconstitucionalidad por omisión del legislador, al no incluir como requisito para la práctica de dichos exámenes, la autorización judicial previa. Sugiere incluso que tales pruebas deben incluir también el consentimiento del sujeto pasivo del examen o cotejo, pues de lo contrario se vulnera el principio de la no autoincriminación en el proceso penal.

De manera subsidiaria solicita que se declare la constitucionalidad condicionada “al entendimiento de que dichas diligencias sólo pueden realizarse sobre la orden del juez de control de garantías, además del consentimiento del involucrado, de la compañía de su defensor en la realización de éstas y; por supuesto, del control de legalidad posterior” (folio 98).

Respecto del artículo 245 de la Ley 906 de 2004, el **Ministerio Público** considera que existe cosa juzgada relativa, toda vez que mediante sentencia **C-25 de 2009**, la Corte Constitucional declaró la executable condicionada del inciso 2º de aquella disposición, en el entendido de que si “*el indiciado tiene noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita*”.

En consecuencia solicita a la Corte estarse a lo resuelto en dicha providencia.

3.4. El artículo 362 (parcial) del C.P.P.

El actor estima a partir de la sentencia C-396 de 2007 por la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 361 del C.P.P., que “no puede el Juez del proceso (...) indicar a las partes cómo presentar sus pruebas en un juicio donde su rol le impide tomar partido de la acusación o de la defensa, la imparcialidad y el precedente jurisprudencial, hacen que el juez solamente tenga como prueba aquella que ha sido decretada en audiencia preparatoria y vertida en juicio”. (folio 14). Son entonces las partes las que, con el propósito de demostrar su teoría del caso, “hacen sus solicitudes probatorias e indican al juez la manera como frente a esa teoría presentarán a sus testigos, peritos, evidencias, etc” y por tanto “no es al juez a quien le corresponde indicar la manera y el orden en que deben presentarse las pruebas”. Y conforme a lo previsto en el artículo 371 del C.P.P. “corresponde a las partes en audiencia preparatoria, hacer la solicitud de los medios de conocimiento con los que pretende probarse la pretensión, indicar el orden de presentación de los mismos en juicio y en juicio respetarse el orden de presentación indicado en preparatoria” (folio 14).

Por esto concluye que hay violación del principio de imparcialidad del juez, dentro del marco del proceso adversarial, artículo 29 de la Constitución, así como de los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del PIDCP, “en la medida en que no puede el Juez suplir la voluntad de las partes para probar su pretensión y decidir sobre la presentación de las [sic] misma” (folio 14).

Sobre la proposición normativa acusada del art. 362 del C.P.P. el **Fiscal General de la Nación** estima que la misma no contradice la Constitución, pues se trata de “una potestad que tiene el juez como director del proceso de ordenar las ritualidades del mismo”, lo que sólo implica el determinar “el turno del acervo probatorio” (folios 58). Por ello, agrega, el legislador ordena que en todo caso sea primero el Fiscal, pues como lo ha dicho la Corte constitucional, en el Estado social de derecho le corresponde a la organización estatal probar que la persona es responsable de un delito.

El **Ministerio del Interior y de Justicia**, no se pronuncia sobre esta disposición.

La **Universidad Nacional de Colombia**, estima que el precepto es inconstitucional. “Un juez que tiene la facultad descrita en el artículo demandado tiene por razón de ello, facultades excesivas propias de un sistema inquisitorial y no de un proceso acusatorio. En virtud de ello, la norma demandada vulnera el debido proceso, es decir el debido proceso de carácter garantista y de procedimiento acusatorio” (folio 91).

El **Jefe del Ministerio Público** estima, en lo que hace referencia al artículo 362 de la Ley 906 de 2004, que la facultad reconocida al juez de decidir sobre el orden en que debe presentarse la prueba, dentro de la regla de que primero presenta sus pruebas la Fiscalía y luego la defensa, es consecuente con la

posición que desarrolla como director del debate probatorio y “nada afecta los principios de imparcialidad e independencia judicial”. Sostiene la anterior argumentación en lo dicho en la sentencia C-737 de 2006. Por lo anterior, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible la expresión en lo acusado el art. 362 de la Ley 906 de 2004.

3.5. El artículo 397 (parcial) del C.P.P.

El aparte demandado de esta disposición, representa para el actor violación de lo previsto en el artículo 29 constitucional, así como de los artículos 8º de la Convención americana de derechos humanos y 14 del PIDCP.

Retoma consideraciones de la sentencia C-396 de 2007 en relación con la imparcialidad judicial en el proceso penal con tendencia acusatoria, así como la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, el deber de las partes de aportar pruebas para que el juez de conocimiento califique jurídicamente los hechos y establezca la consecuencia jurídica de los mismos, la clara definición de los roles de las partes frente a la carga probatoria, así como la regla general de la pasividad del juez, entre otras, en lo que hace a las pruebas, entendida ésta como una garantía del acusado. Con base en lo anterior entiende que el “permitir al juez aun sea de manera excepcional participar de la realización de los interrogatorios viola el principio acusatorio sobre el cual se erige el proceso (...) ya que con ello puede propiciarse un desequilibrio o violación del principio de igualdad de armas en el entendido que el juez puede con ello participar de la acusación o de la defensa en razón a la insuficiencia, deficiencia o desconocimiento de las partes (Fiscal, Defensa) en el manejo de su Teoría del caso o pretensión, como en los interrogatorios o conainterrogatorios” (folio 17).

Así mismo observa frente al Ministerio público que su intervención en los interrogatorios excepcionales, rompe con el equilibrio procesal de las partes y le permite “manejar su teoría del caso”. A ello agrega que la labor del Ministerio público en la práctica judicial ha optado por coadyuvar en un 95% de los casos la acusación, incluso desde las mismas audiencias preliminares, posición que puede desarrollar mejor con la posibilidad contemplada en la disposición que se acusa.

A pesar entonces de la posibilidad de intervenir en diferentes momentos del proceso penal, no debe possibilitarse que el Ministerio público pueda solicitar la práctica de pruebas ni el realizar interrogatorios, pues los temas probatorios son del resorte exclusivo de las partes.

Las facultades excepcionales en materia probatoria, concluye el actor, son violatorias del artículo 250 inciso final, pues si bien “el citado artículo indica que la Procuraduría General de la Nación seguirá cumpliendo las funciones establecidas en el art. 277, la actividad probatoria y a favor de la acusación o de la defensa no se encuentra dentro de las enumeradas allí” (folio 18).

La **Fiscalía General de la Nación** conviene con el actor, que la “facultad probatoria del juez se encuentra circunscrita básicamente a la etapa de indagación e investigación donde incluso puede decretar pruebas de oficio”. Porque conforme lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte constitucional, la separación entre acusación y juzgamiento, representa una condición esencial de la imparcialidad⁸

Por ello estima que la norma acusada “no debe interpretarse como potestad probatoria para el juez, sino en el sentido que éste puede excepcionalmente complementar a través de preguntas aquellas manifestaciones expresadas por los testigos, para el cabal entendimiento del caso” (folio 58). Su intervención debe ser, conforme lo ha expuesto la Corte suprema de justicia, sólo para controlar la legalidad y la lealtad de las preguntas, para completar o perfeccionar el núcleo fáctico introducido por aquellas, no para que el juez confeccione la prueba⁹.

Solicita que la disposición se declare constitucional bajo ese entendido.

El **Ministerio del Interior y de Justicia**, estima que para establecer la constitucionalidad de la proposición acusada es posible emplear la interpretación que formuló la Corte en la sentencia C-396 de 2007. En ella se aclaró que en el Estado de Derecho, el legislador goza de un amplio poder de configuración legislativa. En este marco ha dispuesto unas restricciones para el juez con las cuales se garantice su imparcialidad en el proceso. Sin embargo, no es un convidado de piedra y por ello debe cumplir diferentes funciones.

Aunque en este caso se determinó que era constitucional la previsión según la cual están prohibidas las pruebas decretadas de oficio por el juez, esta disposición no entra en contradicción con lo ordenado por el artículo que en este asunto se demanda, pues en este caso le autoriza de manera excepcional intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio para obtener del testigo una declaración clara y cierta. No se ordena con ello la prueba por el juez, solo se complementa en aras de la justicia material. Por ello solicita que el artículo 397 del C.P.P. sea declarado exequible.

La **Universidad Nacional de Colombia**, estima que la expresión “para el cabal entendimiento del caso”, prevista en el artículo 397 del C.P.P., es una norma penal en blanco y un tipo penal abierto. La ambigüedad que produce su falta de técnica, tipicidad, las “interpretaciones demasiado extensas”, rompen con el principio de legalidad, son inciertos, no taxativos y por tanto restringen los derechos fundamentales del procesado (folios 93-94).

Además de encontrar inconstitucional la facultad reconocida en el Ministerio público, también encuentra que la posibilidad de que el juez interroge a los

⁸ Cita la sentencia C-205 de 2003.

⁹ Proceso 29415 del 4 de febrero de 2009.

testigos, es un resquicio del sistema inquisitorial contrario a la búsqueda de un juez “absolutamente ‘tercero’ e imparcial” (folios 95-96).

Respecto de los apartes acusados del artículo 397 del C.P.P., el **Procurador General de la Nación** considera que hay en ellos, contrario a lo afirmado por el actor, “una verdadera garantía procesal para el procesado”, ya que la búsqueda del “*cabal entendimiento del caso*”, a través de las preguntas complementarias al testigo, “permiten al funcionario judicial que conoce del mismo, (...) encontrarse con la capacidad suficiente para aplicar los principios constitucionales que rigen la correspondiente actuación judicial, y al mismo Ministerio Público, (...) formular las respectivas preguntas a los diferentes testigos de cargo a fin de otorgarle el debido esclarecimiento al asunto objeto de investigación” (folio 166).

Tanto el juez como el Ministerio Público, tienen a su cargo “el deber (...) de velar por el respeto irrestricto a las principios de legalidad, de la defensa, protegidos como derechos constitucionales (art. 29 de la CP), porque de lo contrario serían simples observadores de la actuación procesal” (folio 167).

Por lo anterior, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible la expresión acusada del art. 397 de la Ley 906 de 2004.

3.6. El artículo 415 (parcial) del C.P.P.

A juicio del demandante, el aparte del artículo 415 acusado, viola el artículo 29 constitucional, “al propiciar que el ente acusador no haga el descubrimiento de la prueba dentro de la oportunidad procesal indicado [sic] en el artículo 250, norma que resulta igualmente vulnerado [sic]” (folio 18).

Sobre la violación de los artículos 14 del PIDCP y 8° de la Convención americana de DDHH, cita el artículo 8°, literales c y f, como garantías judiciales que le permiten al inculpado tiempo y medios para preparar su defensa y el derecho de defensa para citar testigos y para interrogar los testigos llevados al proceso.

Observa también que según el artículo 250 C.P., es deber de la Fiscalía descubrir todos los elementos sobre los cuales ha fundado su acusación, a fin de que el inculpado tenga oportunidad de conocer no sólo el soporte legal de la misma, sino también el probatorio. “La disposición demandada permite incumplir el mandato legal en la medida en que se autoriza al Juez y al fiscal, no descubrir algunos elementos que sustentan la acusación y que tan solo a 5 días del juicio se haga tal descubrimiento” (folio 19). Lo anterior por cuanto el período que tiene la defensa desde el “descubrimiento” del informe pericial hasta el juicio es tan sólo de 5 días, “por lo que difícilmente tendrá la posibilidad de conocerlo a fondo, máxime si se tiene en cuenta que el dictamen estará realizado por un experto en una profesión u oficio, y cuyo conocimiento escapa al del procesado y su defensor” (folio 19).

Hay con ello también violación del artículo 229 de la Constitución, al exceptuar el descubrimiento probatorio dispuesto en la norma acusada, pues no permite a la defensa estar en las mismas condiciones de igualdad frente a la prueba recaudada por la Fiscalía para criticarla o contradecirla.

El descubrimiento probatorio, señala finalmente el actor, según lo previsto en el artículo 250 C.P. y en la sentencia C-1194 de 2005, “debe darse en la audiencia de acusación y no posteriormente a fin de garantizar a las partes las mismas posibilidades de conocer y hacer uso de las recolectadas por la Fiscalía, como el de garantizar el derecho de defensa de quien se ha acusado” (folio 19).

La **Fiscalía General de la Nación**, estima que la “demanda en estudio carece del requisito de certeza”, pues no recae sobre una proposición jurídica real. En tal sentido se observa que el cargo que ofrece el actor se fundamenta en que la disposición acusada propicia “que el ente acusador no haga el descubrimiento de la prueba dentro de la oportunidad procesal indicada”. No obstante para la Fiscalía es claro que lo ordenado en el artículo 415 opera “sin perjuicio de lo establecido en este Código sobre el descubrimiento de la prueba” (folio 60). En tal sentido reclama una decisión inhibitoria sobre este punto, por ineptitud de la demanda.

El **Ministerio del Interior y de Justicia**, teniendo en cuenta que los informes de los peritos se tienen que admitir en la audiencia preparatoria, que no son tenidos en cuenta si el perito no comparece a la audiencia y que además existen acuerdos de estipulación respecto de la prueba pericial, considera que no existen razones para estimar que los términos de la proposición jurídica acusada sean inconstitucionales.

La **Universidad Nacional de Colombia** estima que la disposición es constitucional porque la fijación de términos es un “ámbito exclusivo del legislador” y no corresponde a la Corte constitucional estimar si se trata de un tiempo razonable o no.

En cuanto a la proposición jurídica acusada del artículo 415 del C.P.P., la **Procuraduría general de la Nación** encuentra que la misma “no vulnera los derechos enunciados en el contexto del sistema acusatorio, dado que el término aquí señalado resulta razonable, pues le permite contar con el tiempo suficiente y oportuno para que lo conozcan las partes, más aún teniendo en cuenta que el peritaje es un aspecto más de la investigación de las partes, y en el evento en que estos lo proponen el juez admitirá o no el informe respectivo en la audiencia preparatoria” (folio 168). En adición observa que el informe pericial tiene lugar en la etapa preparatoria del juicio oral y público y por el hecho de haberse solicitado su práctica, debe ser entonces conocido por las partes. Con estas razones estima que la Corte Constitucional debe declarar exequible la expresión acusada del art. 415 de la Ley 906 de 2004.

3.7. El artículo 438 (parcial) del C.P.P.

Dice el actor que admitir la prueba de referencia de un declarante, junto con los casos previstos en el precepto, en un “evento similar” al del secuestro o desaparición forzada de la víctima, viola la estructura, principios y reglas del debido proceso.

Según el artículo 375 del C.P.P., continúa argumentando el demandante, las pruebas deben ser pertinentes y su solicitud, decreto y orden de presentación, debe indicarse en la audiencia preparatoria. Por ello la excepcional prueba de referencia debe reunir los mismos requisitos, tanto de pertinencia, como de ser admisible según el artículo 438 C.P.P., haberse descubierto y enunciado su contenido en la audiencia de acusación y solicitado su aducción al juicio en la audiencia preparatoria.

Agrega entonces: “La interpretación que se ha venido haciendo sobre la prueba de la referencia en algunos procesos y que han permitido que haya pronunciamiento por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (...), ha permitido que bajo la redacción del literal b del citado art. 438, ingresen al proceso penal acusatorio elementos que no cumpliendo con las excepciones legales, se conviertan en prueba del proceso”. De tal suerte, la policía judicial se ha convertido en el “testigo estrella de la Fiscalía con quien se incorporan las declaraciones, deposiciones, entrevistas, documentos etc, en clara violación del art. 379 y 402 de la ley 906 de 2004” (folio 20). Y con base en tal razonamiento, ejemplifica casos en los que se ha permitido la inclusión de pruebas de referencia que han operado en los procesos, contrarias a Derecho.

Precisa entonces el actor que las excepciones aunque tienen por propósito superar las dificultades que se pueden presentar en la recaudación de la prueba en condiciones de normalidad, por su naturaleza, es decir por constituir una excepción a los principios de contradicción y de inmediación del juez con la prueba -artículos 16, 379 y 402-, deben ser definidas de manera clara, taxativa y concreta por el legislador, más aún tratándose de un procedimiento.

Destaca con respecto al principio de contradicción que “en el tratamiento de la prueba de referencia en sede de juicio existe una enorme dificultad y casi una imposibilidad de ejercer el contradictorio, es decir se hace imposible el ejercicio del principio de la contradicción de la prueba, lo que sin lugar a dudas viola el debido Proceso Penal, en lo que tiene que ver con el Derecho de Defensa”. (folio 20).

En seguida, señala que la prueba de referencia entra en el juicio bajo el argumento de los eventos similares, sin atender a su pertinencia y admisibilidad. Igualmente aduce que la Comisión redactora contempló la posibilidad de que en eventos graves se permitiera a un testigo declarar sobre lo que había dicho alguien en el umbral de la muerte. Trae a cuento las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, en particular las comprendidas entre los números 60 a 66, como referente legislativo a ser tenido en cuenta para concretar su claridad y carácter excepcional. Con base en ello, estima que con el aparte

demandado se ha dejado abierta la posibilidad de una interpretación que desborda el marco legal.

Por todo lo expuesto, apunta finalmente: “Resulta entonces contrario a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad el aparte del artículo demandado en el entendido que siendo la PRUEBA DE REFERENCIA [sic] una prueba cuyo tratamiento es excepcional, como quiera que ella resulta como una excepción al principio de la Inmediación y contradicción, no puede dejarse que su utilización se realice de acuerdo a la buena o mala interpretación que de la expresión ‘o eventos similares’ se haga, dada su indeterminación o indefinición” (folio 21).

La **Fiscalía General de la Nación** estima que el aparte acusado del artículo 438 del C.P.P. es constitucional. Esta consideración la fundamenta en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁰. En la transcripción que de ella hace se observa que las pruebas de referencia sólo son admitidas de manera excepcional porque su admisión “conspira contra el principio de inmediación” (folio 60). Por ello, respecto de la expresión de “eventos similares” que se acusa “debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor”¹¹ (folio 61). Así, tras señalar las dos condiciones para que se admita la prueba, a saber, la no disponibilidad del declarante y el carácter insuperable de los motivos por los cuales no se hace presente en el proceso, concluye el Fiscal General que la expresión acusada “no supone afectación alguna al derecho al debido proceso, como garantía fundamental” (folio 61).

El **Ministerio del Interior y de Justicia** se sirve de la misma providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹², desde la cual se explicaba el alcance de la disposición acusada, su correcta interpretación en el sistema normativo del Código y la forma como puede estimarse conforme a los principios que lo gobiernan. Por ello concluye que la expresión “o evento similar” del artículo 438 del C.P.P., debe declararse exequible.

La **Universidad Nacional de Colombia** considera que la expresión “o evento similar” del artículo 438, es una norma penal en blanco, vaga y antitécnica, que admite muchas interpretaciones, que vulnera el principio de legalidad y los derechos fundamentales del procesado (folios 93-94). En este precepto reconoce el interviniente “otra más de las vulneraciones al principio de *estricta legalidad* y al Debido Proceso, pretendiendo el artículo contemplar casos excepcionales de la admisión de la prueba de referencia y denigrando en una norma en blanco que deja totalmente al criterio del juez la interpretación del término ‘evento similar’” (folio 96).

¹⁰ Radicado 30598.

¹¹ Sentencia de marzo 6 de 2008, Radicación 27477.

¹² Idem.

Sobre la expresión del artículo 438 del C.P.P. que se acusa, el **Ministerio público** considera que si bien el sistema procesal penal es de tendencia acusatoria, caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, también es cierto que el legislador “en el ámbito de configuración legislativa que le es propio, ha previsto como una excepción a estos principios regulatorios (...) la admisión de referencia”. Se infiere así que solicita la exequibilidad de la proposición normativa, aunque más allá de lo indicado, no formula ninguna solicitud expresa.

3.8. Artículo 450 (parcial) del C.P.P.

El aparte del precepto demandado conforme al cual de ser necesario, podrá ser detenido el acusado cuando se anuncia el sentido del fallo declarándolo como culpable, según el actor, es violatorio de los artículos 29, 28 y 31 de la Constitución.

Se apunta en la demanda que la medida de privación de la libertad no proviene de la solicitud de la Fiscalía como medida de aseguramiento, según lo previsto en el artículo 250 constitucional, sino de una decisión unilateral del juez, quien actúa de manera oficiosa. Además observa que la necesidad a que se refiere el precepto sólo se encuentra para efectos del cumplimiento de la pena y no con una finalidad procesal.

Y luego agrega: “El gran inconveniente” del precepto “es que la decisión de detener preventivamente al procesado, radica esencialmente en las resultas del juicio, del debate probatorio, resultado que puede ser equivocado en la medida en que el fallo de condena puede ser revocado, pero de todas maneras conculcado el derecho a la libertad” (folio 22). Por ello estima que los elementos para la imposición de la medida de aseguramiento no aparecerán de la nada, sino que se harán presentes durante y después del debate probatorio, resultado de la dinámica del proceso.

Por otro lado, contrario a que sea el juez de garantías el que imponga la medida de limitación de la libertad, según la norma que se acusa, ésta se adopta por el juez de conocimiento, sin que medie petición de la Fiscalía, lo que en criterio del actor, no es acorde con una justicia rogada. De ahí que concluya que tal decisión debe proceder con una sentencia en firme, lo cual no puede decirse que patrocine la impunidad o el no cumplimiento de la pena, pues el Estado colombiano tiene estructura suficiente para capturar a los condenados. En este orden de ideas concluye que el aparte acusado es contrario a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Para la **Fiscalía General de la Nación** el cargo en estudio carece de claridad, certeza y especificidad. En su criterio, el actor “no señala con coherencia los motivos suficientes que permitan deducir o interferir cómo la norma cuestionada quebranta la Constitución, o en otra forma, por qué el dispositivo en estudio viola las garantías previstas en los artículos 28, 29, 31 y 250 de la

Constitución” (folio 62). En consecuencia, solicita que la Corte se declare inhibida para un pronunciamiento de fondo.

El **Ministerio del Interior y de Justicia** considera que no hay violación del artículo 28 y 29 de la Constitución, habida cuenta de los componentes insoslayables a todo control judicial sobre las restricciones a la libertad destacados en la sentencia C-163 de 2008, a saber, órgano competente, garantía de los derechos y libertades fundamentales, establecimiento de unos límites temporales, así como de lo previsto en el artículo 2º de la ley 906 de 2004 sobre la privación de la libertad. Solicita entonces que la disposición se declare constitucional.

La **Universidad Nacional de Colombia** solicita que el artículo 450 sea declarado inconstitucional. Parte de la descripción que la jurisprudencia constitucional y la Corte interamericana de derechos humanos hacen del derecho al debido proceso. Destaca el valor reconocido a la libertad personal, como responsabilidad esencial para las autoridades. Esta, dice el interviniente, debe ser entendida en relación con la presunción de inocencia, de modo que sólo puede ser restringida con pruebas contundentes sobre la responsabilidad del sujeto. “La presunción de inocencia, por lo tanto, cobija a toda persona desde que se le ha iniciado una investigación en su contra hasta que el proceso penal culmina y la misma ha sido desvirtuada absolutamente mediante pruebas practicadas en el *juicio oral*, frente al juez y públicamente, controvertidas y continuas” (folio 99).

En ese orden la privación de la libertad según el Código de procedimiento penal, sólo se justifica cuando opera como medida de aseguramiento o cuando se impone como pena. Como el artículo 450 del C.P.P. no enmarca en ninguna de estas excepciones al principio de libertad, se constituye en una privación injustificada determinada porque no existe un fallo en firme.

En cuanto al artículo 450 del C.P.P. el **Ministerio público** estima que para valorar su constitucionalidad es necesario reconocer el alcance de las normas constitucionales que se estiman vulneradas. Así, señala que el artículo 28 de la Constitución “reconoce el derecho de toda persona a la libertad”. Y agrega enseguida: “exactamente, el precepto dispone que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino cuando medie i) un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales, y iii) por motivo previamente definido en la ley” (folio 169). En cuanto al artículo 29 de la Constitución Política, dice que en este se “consagra al debido proceso, como un derecho de aplicación inmediata que tiene por fundamento asegurar que las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas se ajusten a lo dispuesto en el ordenamiento superior y en la Ley”.

Lo anterior en su criterio significa que las garantías previstas para proteger la libertad son “expresión básica del principio democrático”, pues se parte del supuesto de que toda persona es libre, salvo que se ordene lo contrario por mandamiento escrito de autoridad competente, con las garantías

constitucionales pertinentes. Otro tanto señala el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, inciso primero.

Sin embargo, seguido a lo anterior, el Ministerio Público observa que la demanda no cumple cabalmente con los requisitos exigidos por el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, pues el accionante “no presenta señalamientos que constituyan fundamentos para estimar vulnerados los artículos 28, 29 y 31, que él considera vulnerados” (folios 170-171). En su criterio la demanda no expone razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, y en consecuencia, solicita a la Corte declararse inhibida para fallar, por ineptitud sustancial de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las normas demandadas hacen parte de una Ley de la República.

2. Asuntos de carácter previo

2. Antes de definir los problemas jurídicos por resolver y la forma de atenderlos, estima la Corte pertinente estudiar dos asuntos previos de especial importancia para el proceso. De un lado, definir si la demanda reúne los requisitos reconocidos por la ley y decantados por la jurisprudencia de este tribunal (2.1.). De otro, valorar el cargo relacionado con los artículos 112 y 357 del CPP, a fin de establecer si frente a ellos es procedente integrar la unidad normativa (2.2.).

2.1. Sobre la aptitud de la demanda

3. Observa la Sala que los cargos formulados sobre los artículos 17 y 454, 112 y 357, 397 y 438 de la Ley 906 de 2004 reúnen las exigencias mínimas para que el juez constitucional pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto. No ocurre lo mismo con la acusación presentada frente a los artículos 245, 362 (parcial), 415 (parcial), 450 (parcial) del C.P.P.

4. Con relación al artículo 245 del C.P.P., el Ministerio del Interior y de Justicia y el Ministerio público, afirman que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa. Esta figura reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal¹³, se reclama a partir de la decisión contenida en la sentencia C-025 de 2009, en la cual se estudió la constitucionalidad del inciso 2° del art. 245

¹³ Vid, vrg., la sentencia C-247 de 2009, así como las sentencias C- 478 de 1998 y C-744 de 2001 y el Auto 131 de 2000.

del C.P.P., acusado entonces por el cargo de desconocerse en ella, el derecho de defensa del implicado a las investigaciones preliminares.

5. A este respecto, estima la Corte que no es necesario efectuar un estudio sobre la cosa juzgada relativa, pues antes de ello se aprecia que la cargos formulados contra el artículo 245 del CPP, no reúnen las exigencias mínimas que deben completarse por parte del ciudadano que ejerce la acción pública en defensa de la Constitución.

6. En efecto, en lo que tiene que ver con el llamado del demandante a que la Corte se atenga a lo expuesto en las sentencias C-822 de 2005 y C-336 de 2007, al no ser una acusación construida por la confrontación objetiva entre la norma fundamental y la ley, esto es, al no ser específica en cuanto tal, no ha cumplido con la carga mínima de argumentación con la cual se explique con pertinencia, así fuere incipiente, por qué tales decisiones constituyen lo que en la doctrina constitucional se conoce como precedente. Es decir que no se establece por qué lo allí analizado, a pesar de aludir a disposiciones diferentes, que contemplan o momentos procesales o situaciones fácticas en principio diversas, se debe aplicar de manera inequívoca e irrestricta al supuesto de hecho previsto en el artículo 245 del CPP.

Tampoco el actor en su escrito, deja ver una razón específica para justificar el aserto de que un control posterior ante el juez de garantías dentro de las 36 horas siguientes, no es una garantía admisible constitucionalmente, para proteger el derecho fundamental a la intimidad, cuando se practican pruebas de ADN por la policía judicial con autorización del fiscal, y cuando éstas se cotejan con otra información genética del indiciado o imputado.

No observa la Corte en la demanda del ciudadano, reflexión suficiente para establecer por qué al no estar contenida en el art. 250, num 2º de la CP la medida a que hace referencia el art. 245 del CPP, da lugar sin más a declarar la inexecutable de ésta. Una afirmación así, no posee alcance persuasivo en cuanto tal, pues con ello olvida que la Constitución no es cuerpo normativo que regule con precisión los derechos, deberes, competencias e instituciones que estructuran la realidad jurídica del Estado, por fuera del cual no queda ninguna ordenación diferente.

Así, al despachar sólo de la forma descrita el cargo sobre el art. 250 CP, se encuentra que el actor no logra un argumento convincente aunque fuere elemental, para que esta Corporación tenga algún grado de incertidumbre que active su competencia para estudiar la executable o no del precepto.

7. En síntesis, para esta Corte el actor no ha logrado generar al menos una duda razonable contra la presunción de constitucionalidad que ampara el art. 245 del CPP, pues no estableció razones ciertas, específicas y suficientes que determinen que el control de legalidad posterior de los exámenes de ADN y su cotejo con otros informes practicados por la policía judicial y la Fiscalía, fuera contrario a las normas superiores o a una jurisprudencia que se deba tener como precedente.

Por lo anterior, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre los cargos formulados contra el art. 245 del CPP, por ineptitud sustancial de la demanda.

8. Respecto del artículo 362 (parcial) del C.P.P. y según el cual el juez “decidirá el orden en que debe presentarse la prueba”, observa la Corte que los argumentos formulados por el demandante no son ciertos ni específicos.

En primer lugar, la argumentación del actor se sienta en lo dicho en la sentencia C-396 de 2007, por la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 361 del C.P.P., que establece el principio según el cual el juez de conocimiento no podrá decretar pruebas de oficio, medida que fue avalada por la Corte constitucional como expresión del poder de configuración normativa del legislador. El actor, sin embargo, no justifica por qué “el orden en que debe presentarse la prueba” de que trata el artículo 362 del CPP, equivale sin más a un decreto oficioso de nuevas pruebas.

De otro lado, al acusar únicamente el primer apartado del precepto, el actor rompe la unidad normativa que existe al interior de la disposición, puesto que el orden de la prueba que en ella se refiere, resulta comprensible sólo en la medida en que se estudie el alcance de la proposición jurídica siguiente y según la cual, primero deberán presentarse las pruebas de la Fiscalía y luego las de la defensa, salvo que se trate de pruebas de refutación que se presentarán en orden inverso. Al ignorar el actor el resto del precepto y centrar su cargo sobre un único aparte, incurre en el defecto de demanda incierta, pues resulta así acusando una proposición normativa irreal e inexistente. De esto se desprenden sus apreciaciones de que el juez del proceso estaría tomando partido a favor de alguna de las partes, con ruptura clara del principio de imparcialidad y del presupuesto conforme al cual, el juez debe tener como prueba solamente aquella decretada en audiencia preparatoria y vertida en juicio.

En igual sentido, sus cargos no son específicos, pues no presenta una exposición en la que se evidencie la oposición objetiva y verificable entre el contenido del precepto del C.P.P. acusado y los artículos 29 de la C.P., 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del PIDCP. No hay argumentos que demuestren, aunque sea someramente, que con lo preceptuado en el art. 362 del C.P.P., el juez viene a suplir la voluntad de las partes en cuanto a la prueba de su pretensión.

9. A esa conclusión se llega igualmente respecto de los cargos formulados frente al aparte acusado del artículo 415 del C.P.P., en el que se establece que el informe del perito debe ser puesto a disposición de las partes, al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcione la peritación y sin perjuicio de lo establecido en ese código sobre el descubrimiento de la prueba.

Como acertadamente lo observa la Fiscalía, los argumentos de inconstitucionalidad que ofrece el demandante, se plantean a partir de una norma inexistente, apenas inferida por el actor, por cuyo vicio se crea una excepción al deber de descubrimiento de la prueba por parte del juez y en especial del fiscal. En particular, el análisis del precepto que efectúa el actor, revela una comprensión sesgada del mismo en cuanto destaca en su argumentación, una y otra vez, que con lo ordenado en el artículo 415 del C.P.P., se otorga a la Fiscalía la potestad de no descubrir la prueba, lo que supone la imposibilidad de que la defensa la critique o contradiga. No hay justificación ninguna, por la aplicación de cualquier criterio de interpretación jurídica, sobre las razones por las que entiende que el informe pericial sólo puede ser pedido por el fiscal y no por la defensa.

Se encuentra aquí, en consecuencia, un alegato de inexecutable que no puede ser admitido ni valorado de fondo, pues parte de un supuesto normativo del todo incierto, que se hace más ostensible cuando se aprecia que el último aparte de la disposición acusada, introduce la locución adverbial “sin perjuicio de”, con que se deja a salvo lo establecido en el Código respecto del “descubrimiento de la prueba”. Tampoco hay apreciación ninguna del ciudadano demandante que explique por qué esta salvedad no desvirtúa sus consideraciones sobre la violación de las reglas sobre descubrimiento de la prueba.

En adición, el actor no ofrece ningún argumento jurídico que explique por qué el poner a disposición de las partes, al menos por el término de 5 días el informe pericial, se convierte en una regla que vulnera las garantías judiciales de que el inculpado cuente con el tiempo y medios suficientes para preparar su defensa, previstas en los artículos 14 del PIDCP y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ofrece sí razones, mas del todo impertinentes, pues la insuficiencia de los días para conocer de fondo el informe pericial, no la plantea a partir de su inconsistencia frente al precepto superior, sino por provenir de un experto. Con ello, sencillamente está apelando a la inconveniencia del término dispuesto, o visto de otro modo, a la necesidad de que el mismo sea más extenso.

10. Del mismo modo, conforme la solicitud de la Fiscalía general de la Nación y del Ministerio Público, encuentra la Corte que la demanda no es apta respecto de la acusación sobre el artículo 450 (parcial) del C.P.P.

Sus argumentos resultan en este caso carentes de especificidad, pues no existe una explicación desde la cual se argumente por qué la proposición jurídica que se demanda, es contraria a lo preceptuado en los artículos 29, 28 y 31 de la Constitución. Tampoco se justifica la consideración que de su escrito se desprende de que la privación de la libertad del acusado reconocido culpable, sólo puede provenir de la solicitud de la Fiscalía como medida de aseguramiento.

Pero además, constata la Corte que el argumento principal del actor se funda en que la proposición normativa objeto de acusación, ante todo representa un

“gran inconveniente”, pues la detención preventiva puede resultar equivocada en la medida en que la sentencia condenatoria sea posteriormente revocada. Como de manera reiterada lo ha dicho la Corte constitucional¹⁴, este tipo de argumentación resulta impertinente, porque antes que alegar la contradicción entre la Constitución y la ley y estar construida a partir de una reflexión jurídica de las disposiciones confrontadas, tiene como idea fuerza la inconveniencia del precepto.

Y por lo que se refiere a la ruptura que el artículo acusado supone para el principio de justicia rogada, el actor parte de una concepción errada del sistema penal colombiano desde la cual se impide al juez cualquier actuación no promovida por las partes, cuando la jurisprudencia que en muchos apartes de su libelo cita, alude con claridad y profusión a la naturaleza impura del régimen procesal penal establecido y a las importantes facultades del juez en el proceso.

11. Conforme a lo expuesto, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los apartes acusados de los artículos 362, 415 y 450 del C.P.P., por ineptitud sustancial de la demanda.

2.3. El caso de los artículos 112 y 357 CPC.: Integración de la unidad normativa

12. El actor acusa lo ordenado en el artículo 357 *in fine* y por ende la concordancia que con él crea el artículo 112 *in fine*, porque al autorizar al Ministerio público a participar en el debate probatorio, se vulnera el debido proceso penal, que es adversarial y que asegura la igualdad de armas.

13. Sin embargo, antes de resolver el problema jurídico allí planteado, observa la Corte que el artículo 357 inciso final del CPP que se acusa en concordancia con el 112, tiene una relación estrecha e inescindible con un ingrediente normativo del artículo 374 que no ha sido acusado. Este precepto establece un elemento que ordena la oportunidad para el ejercicio de la controvertida facultad del Ministerio público, es decir que se vincula directamente con la expresión “agotadas las solicitudes probatorias de las partes” del art. 357. Así ocurre cuando en el artículo en el artículo 374 se señala que toda prueba “deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357”.

Lo anterior constituye entonces una unidad normativa que la Corte encuentra procedente integrar en este proceso.

14. Siguiendo la sentencia C-409 de 2009, sobre la facultad de integración normativa que le otorga a la Corte el artículo 6° inciso 3° del Decreto 2067 de

¹⁴ Puede verse la Sentencia C-269 de 1995.

1991¹⁵, en múltiples oportunidades se ha dicho que esta corresponderá a situaciones excepcionales, restringidas y necesarias, pues debe diferenciarse con claridad el control de constitucionalidad oficioso y el que se adelanta por vía de acción pública, caso este último en el cual, en principio, la competencia del juez constitucional está circunscrita a las normas demandadas en debida forma por los ciudadanos¹⁶.

15. No obstante, con el propósito de promover el derecho de acción de los ciudadanos y, particularmente, el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la Corte Constitucional ha ampliado el margen de control inicialmente propuesto por el demandante para así evitar la emisión de fallos ineficaces o insustanciales, así como para garantizar la protección del principio de supremacía constitucional. De este modo, en reiterada jurisprudencia ha reconocido las condiciones o circunstancias en las cuales resulta admisible, por razones de unidad normativa, incorporar al proceso de constitucionalidad normas no demandadas.

16. Conforme a la reiterada sentencia C-539 de 1999:

“En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio”¹⁷.

“En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo”.

“Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la

¹⁵ Dice en concreto esta disposición: “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo (...). La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

¹⁶ Entre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-064, C-335, C-1155, C-1299 de 2005; C-109 de 2006, C-871 de 2003, C-204 de 2001.

¹⁷ Sobre casos en los cuales la Corte ha integrado una proposición jurídica completa y se ha pronunciado sobre apartes normativos no acusados que conformaban una unidad lógico-jurídica inescindible con otros apartes sí demandados, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-560 de 1997, C-565 de 1998, C-1647 de 2000, C-1106 de 2000 y C-154 de 2002.

Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”¹⁸.

17. En lo referente a la primera condición, debe tenerse en cuenta que no siempre que se demandan fragmentos normativos, se enfrenta el juez constitucional ante una proposición jurídica incompleta. Pero al mismo tiempo, aunque una expresión resulte desde el punto de vista semántico y de la sintaxis, clara y unívoca, puede ocurrir que tales atributos no le sean predicables desde el razonamiento en Derecho. Por ello se precisaba en la sentencia C-544 de 2007, que cuando se acusan segmentos de una disposición, es indispensable tener en cuenta dos aspectos:

“De un lado, que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales¹⁹, pues “las expresiones aisladas carentes de sentido propio que no producen efectos jurídicos solas o en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales”²⁰. De otro lado, que los apartes normativos que no son demandados y, por ende, no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa. Por ello, la Corte dijo que en aquellos casos en los que ‘la disposición se encuentra en relación inescindible de conexidad con los apartes demandados, de suerte que en caso de que la Corte decidiera declarar inexecutable los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico’²¹, también procede la integración de la unidad normativa. De esta forma, se preserva la seguridad jurídica y el principio de obligatoriedad normativa según el cual toda regla de derecho es imperativa y de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios y, mientras se encuentre en el ordenamiento jurídico, debe producir los efectos jurídicos que consagra”.

Se trata de evitar, dijo la Corte en sentencia C-560 de 1997²², que proferido un pronunciamiento parcial, “*se genere incertidumbre colectiva acerca del contenido armónico e integrado de la norma legal materia de análisis*”, con lo cual el fallo produzca una interpretación del contenido de la norma que resulte “*incoherente o inaplicable*”²³ (cursivas ajenas al original).

18. En el presente asunto, la Corte encuentra que el aparte normativo señalado del artículo 374 del C.P.P. agrega alguna precisión sobre el momento procesal en el que el Ministerio público puede solicitar excepcionalmente esa prueba

¹⁸ Esta última hipótesis proveniente de la sentencia C-320 de 1997.

¹⁹ Sentencias C-154 de 2002 y C-1155 de 2005, entre otras.

²⁰ Sentencia C-233 de 2003 y C-064 de 2005.

²¹ Sentencia C-109 de 2006

²² Este caso atendía la demanda de inconstitucionalidad contra algunos incisos del art. 203 de la Ley 115 de 1994 que establecía las excepciones a la prohibición general para los establecimientos educativos, de cobrar bonos y cuotas, las cuales creaban una discriminación a favor de unos establecimientos y en contra de otros. Visto por el Juez constitucional que tal pretensión imponía una valoración completa de la disposición, integra la proposición, por cuanto la excepción sólo podía valorarse a partir del estudio de constitucionalidad de la regla, a fin de evitar que se declarara la inexecutable de la parte acusada de la norma (la excepción a la prohibición total) y de que por tanto quedara en firme la prohibición absoluta, sin haber sido confrontada por el juez constitucional.

²³ En el mismo sentido, vid. Sentencias C-381 de 2005, C-1032 de 2006 y C-857 de 2008.

de que trata el art. 357 *in fine*. Con todo y que el primero no ha sido demandado, no mantendría la capacidad de producir efectos jurídicos y conservar un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa, en caso de que la Corte declarara inconstitucional el segundo. Porque entre uno y otro se crea una relación inescindible de conexidad, de modo que el evento de que este Tribunal decidiera declarar inexecutable el inciso final del artículo 357, el aparte del artículo 374 en relación con la solicitud de pruebas del Ministerio público por fuera de la audiencia de preparación, perdería todo sentido su permanencia en el orden jurídico, pues estaría configurando una excepción que hace referencia a una proposición jurídica que ya no haría parte del Derecho objetivo.

19. Así las cosas, la Corte constitucional integrará la unidad normativa y en ese orden, estudiará el cargo propuesto tanto respecto de los artículos 117 y 357 *in fine*, como de la expresión “salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357” del artículo 374 del C.P.P.

3. Problemas jurídicos y plan de exposición para resolverlos

20. Esclarecidas cuáles son las disposiciones sobre las que se emitirá pronunciamiento de fondo, conforme a los planteamientos formulados por el demandante, encuentra la Corte que son éstos los problemas jurídicos a resolver:

- Respecto del aparte demandado de los artículos 17 y 454 del C.P.P., lo que debe establecer es si vulnera el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas que en el proceso penal pueda excepcionalmente el juez suspender, hasta por un término de 30 días, la actuación procesal correspondiente, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. Y en el mismo sentido, ¿vulnera el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas que excepcionalmente la audiencia del juicio oral pueda ser suspendida por el juez, por el tiempo que dure la situación de manifiesta gravedad y en la que no exista otra alternativa viable?.

- En cuanto a la acusación parcial de los artículos 112 y 357 del C.P.P. y a la incluida por esta Corte del art. 374 del mismo código, corresponde determinar si la facultad excepcional reconocida al Ministerio público para solicitar pruebas que no hayan sido pedidas por las partes, pero que puedan tener esencial influencia en los resultados del juicio, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, al romper el principio de igualdad de armas, así como lo previsto en la Constitución en cuanto a los poderes de participación de la Procuraduría general de la nación en el proceso penal.

- Respecto del artículo 397 (parcial), debe establecer la Corte si la facultad reconocida en cabeza del juez de conocimiento y del Ministerio público para que, una vez concluidos los interrogatorios de las partes, hagan preguntas complementarias a los testigos del proceso para el cabal entendimiento del caso, vulnera el derecho al debido proceso por suponer una ruptura tanto del principio de pasividad del juez en el sistema penal colombiano con tendencia

acusatoria, como de la igualdad de armas. Igualmente, debe establecerse si la intervención del Ministerio público en la práctica de la prueba testimonial vulnera el principio de legalidad, en la medida en que tal atribución no hace parte de las que contemplan los artículos 250 y 277 de la C.P.

- Sobre la expresión acusada del artículo 438 del C.P.P., es del caso establecer si la admisión de la prueba de referencia de un declarante víctima de un evento similar al secuestro o a la desaparición forzada, vulnera el debido proceso por crearse así una excepción indeterminada a los principios de contradicción e inmediación del juez con la prueba, así como un desconocimiento de las reglas de admisibilidad y pertinencia propios al acervo probatorio.

21. Tales asuntos serán resueltos con base en el siguiente plan de exposición: En primer lugar, se presentarán tres consideraciones generales que sirven para la solución de todos los problemas propuestos. Son ellas las relacionadas con las características del sistema procesal penal colombiano establecido a partir del Acto legislativo no. 3 de 2002 (3.1.), el poder de configuración normativa reconocido en cabeza del legislador en materia procesal (3.2.) y la inexistencia de bienes jurídicos absolutos (3.3.). En seguida se formularán algunas observaciones específicas relacionadas con los problemas jurídicos concretos. Así, se hablará sobre el significado del principio de legalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia penal (3.4.), la función que corresponde al Ministerio público en el proceso penal (3.5.) y la función del juez de conocimiento respecto de la prueba (3.6.). Finalmente se resolverán, uno a uno, los cargos concretos (3.7.).

3.1. Características del sistema procesal penal colombiano establecido a partir del Acto legislativo no. 3 de 2002. Reiteración de la jurisprudencia.

22. La Corte constitucional en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre las características y particularidades del sistema procesal penal dispuesto desde el Acto legislativo No. 3 de 2002 y desarrollado por la ley 906 de 2004 y sus posteriores modificaciones.

23. De modo reciente, se dijo al respecto en la sentencia C-025 de 2009, que a su vez sigue anteriores pronunciamientos:

“mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 -que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política- se modificó la estructura básica del proceso penal en Colombia, pasándose de un modelo mixto de tendencia inquisitiva que había sido el adoptado por la Constitución del 91, a un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, que hace especial énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado para la consecución de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y que busca privilegiar también los derechos de las víctimas.

“(…) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii)

instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa²⁴”.

24. Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló:

“Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

“i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...).

“ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

“iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

“iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

“v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

“vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de

²⁴ Ver, entre otras, las Sentencia C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-1194 de 2005.

llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso”.

25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico²⁵. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto²⁶, pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria²⁷. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculpado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito.

26. Con todo, a la par con tales características comunes a los regímenes acusatorios propiamente dichos, se observan otras que alteran la fisonomía del procedimiento y le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos. Es el caso de la condición del juez no como un árbitro, del todo neutral en el proceso, sino encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. Lo es también la inserción del Ministerio público como interviniente garante de la legalidad y del respeto a los derechos humanos, así como la participación de la víctima en el proceso, introducida de manera clara por la jurisprudencia constitucional, a modo de garantizar la defensa directa de sus derechos.

27. Estos y otros elementos dan cuenta pues, de que a la hora de estudiar las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado. El estudio de la ordenación dispuesta por el legislador sobre la materia y su valoración a la luz de la Constitución, deben producirse a partir de un reconocimiento del sistema procesal penal en su propia especificidad y en su forma de participar en los fines del Estado.

3.2. Poder de configuración normativa reconocido en cabeza del legislador en materia procesal

28. La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que en la ordenación de procedimientos, el legislador goza de un amplio poder de configuración

²⁵ A este respecto vid. sentencia C-591 de 2005, así como las C-1260 de 2005, C-454 de 2006, C-396 de 2007, entre otras.

²⁶ La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido en el procedimiento penal dispuesto por la ley 600 de 2000, las características de un sistema mixto, pero inclinado hacia el tipo inquisitivo preexistente. A esto se han referido, entre otras, las sentencias C-545 de 2008, T-713 de 2007, T-591 de 2007, C-591 y C-592 de 2005.

²⁷ Así, por ejemplo, en sentencias C-762 de 2009, C-070 de 2009, C-069 de 2009, C-025 de 2009, T-920 de 2008, C-879 de 2008, T-815 de 2008 y C-806 de 2008.

normativa²⁸, que para el caso de lo previsto en el artículo 150-2 de la Constitución, permite autónomamente determinar la estructura del procedimiento judicial a emplear en los diferentes casos y frente a los distintos sujetos, sometido sí al estricto cumplimiento de la preceptiva constitucional. Como en múltiples oportunidades se ha reconocido²⁹, en cuanto a la fijación de formas procesales, de acuerdo a lo previsto en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, el legislador posee amplias facultades³⁰.

29. Sobre la libertad de configuración del legislador y sus límites en materia procesal, dijo la Corte en sentencia C-227 de 2009:

“Ha establecido la jurisprudencia de esta Corte, que la cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, - numeral 2º del artículo 150 del Estatuto Superior -, lo habilita con amplio margen de configuración, para regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general.

“La relevancia de esta atribución constitucional, ha sido destacada por la Corte, al señalar que tal prerrogativa le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho³¹.

“(…) En estos términos, 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’*”³².

En igual sentido, la sentencia C-210 de 2007 apuntaba al respecto:

“(…) 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 procedimientos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales³³,

²⁸ Sentencia C-316 de abril 30 de 2002.

²⁹ Ver entre otras las sentencias C-742 de 1999, C-384 de 2000, C-803 de 2000, C-591 de 2000, C-596 de 2000, C-1717 de 2000, C-680 de 1998.

³⁰ Sentencia C-1104 de 2001.

³¹ Sentencia T-001 de 1993.

³² Sentencia C-562 de 1997.

³³ Por ejemplo, en sentencia C-163 de 2000, la Corte consideró ajustada a la Constitución la consagración de la anteriormente existente figura de la parte civil en el proceso penal, a pesar de

eliminar etapas procesales³⁴, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales³⁵, imponer cargas procesales³⁶ o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia³⁷. 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”.

30. Sin embargo, como ya se anticipaba renglones arriba, tal potestad de configuración normativa reconocida en materia procesal, aunque es amplia y en ese tanto debe ser valorada y protegida por la Corte, no es ni puede ser absoluta ni arbitraria en un Estado constitucional³⁸, sino que debe desarrollarse conforme a los límites que impone la Carta³⁹.

De allí que, como se apuntara en la mencionada sentencia C-227 de 2009, la doctrina constitucional haya considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: “i) *que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos*⁴⁰ *que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.)*⁴¹; iii) *que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas*⁴² *y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)*⁴³”.

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 autorizara la intervención de la parte civil en el proceso penal militar.

³⁴ 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”.

³⁵ 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 como debe adelantarse la notificación personal en el procedimiento civil.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Sentencia C-309 de 2002.

³⁹ Sentencia C-204 de 2001. A la misma conclusión se llegó en el caso de la sentencia C-228 de 2008, en el cual se demandaban algunas disposiciones de orden procesal administrativo y judicial de la ley 1098 de 2006, al estimar que las disposiciones entonces acusadas eran constitucionales pues “en materia procedimental el legislador goza de potestad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites impuestos por los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y por el principio de proporcionalidad”.

⁴⁰ Sentencias C-728 de 2000 y C-1104 de 2001, entre otras.

⁴¹ Sentencia C-1512 de 2000.

⁴² Sentencias C-1104 de 2001 y C-1512 de 2000.

⁴³ Sentencia C-426 de 2002.

31. De lo que se trata es de someter dicho poder al cumplimiento de los principios y reglas constitucionales en los cuales se establecen. De un lado, los derechos y bienes jurídicos que la actuación procesal debe preservar y, de otro, las competencias establecidas en la parte orgánica de la Constitución y con las cuales se pretende asegurar que sean ciertas autoridades las que desarrollen determinadas funciones y en el marco de contados supuestos⁴⁴.

32. Bajo esta perspectiva, resulta de nuevo pertinente establecer que a la hora de valorar medidas de carácter procedimental dispuestas por el legislador, la labor que corresponde al juez constitucional no es otra que la de determinar si la ordenación bajo estudio se enmarca o no dentro del ámbito de libre configuración legislativa o si al contrario, ha superado los límites constitucionales a los que se encuentra sujeto.

3.3. La inexistencia de bienes jurídicos absolutos

33. El constitucionalismo contemporáneo se sienta en el pilar fundamental del pluralismo, que es al mismo tiempo reconocimiento de la diversidad y también del pluralismo jurídico⁴⁵.

⁴⁴ En este mismo sentido se afirmó en la sentencia C-210 de 2007: “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’* (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’* Sentencia C-662 de 2004”. 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”.

⁴⁵ Ana María Montoya. “Pluralismo como reacción positiva frente al hecho de la diversidad: ¿una manera de luchar por los derechos en tiempos de globalización?”. En Gonzalo Ramírez Cleves

34. Ello determina la complejidad de esta idea de Estado sujeto a una Constitución. Por esto se enriquece el concepto de igualdad, al sumar a la formal la igualdad material, así como la noción procedimental de democracia y el alcance del poder reconocido a las autoridades públicas. Pero de modo estructural, desde el punto de vista de la idea del derecho, supone una ruptura del principio de unidad y coherencia plena del ordenamiento, esto es, incluye el conflicto entre bienes jurídicos tutelados, así como criterios abiertos de justicia, susceptibles de muchas interpretaciones. Y por la misma razón, se excluye, por decirlo de algún modo, *de iure*, la existencia de derechos y en general, de bienes jurídicos *absolutos*.

35. Para la Corte constitucional la negación de esta tipología de bienes, es un argumento axial de interpretación del Derecho. En el plano constitucional, esto significa que en el discurso de las normas fundamentales, concurren derechos subjetivos, colectivos, garantías judiciales e institucionales y bienes objetivos propiamente dichos, sin que casi ninguno prevalezca *prima facie*, con excepción de los derechos fundamentales de los niños (art. 44 CP) y del principio hermenéutico fundante del interés general (art. 1° CP)⁴⁶.

De modo que aunque necesariamente se presentarán conflictos, la forma de resolver los problemas jurídicos concretos o abstractos en que ello se manifieste, tenderá a no servirse de nociones materiales, esencialistas y totalizantes, sino más bien de métodos de ponderación⁴⁷. En ello se puede justificar que en buena parte las decisiones de fondo de la Corte constitucional, los argumentos empleados invocan los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁴⁸.

36. Esta composición a la vez virtuosa y difícil del orden constitucional, no solo se justifica en su incontestable valor ético y en su plena racionalidad, sino en ser el modo más eficiente y sostenible de construir la convivencia pacífica.

(editor). *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 47 y ss.

⁴⁶ Se trata en todo caso de criterios hermenéuticos *prima facie*, es decir que operan como pautas de interpretación desde las cuales la solución del conflicto tiende a reconocer más peso, relevancia, fuerza vinculante a unos bienes sobre otros.

⁴⁷ Sobre el particular la doctrina en español es cada vez más rica. Así en Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, en especial, la segunda parte del libro, titulada: Los criterios alternativos al principio de proporcionalidad. pp. 251-489; Gloria Lopera Mesa. *Principio de proporcionalidad y ley penal : Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. Tomás de Domingo Pérez. "Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad". En: *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. N°. 56 (2007), p. 245-280; También Miguel Carbonell. (comp.). *El principio de proporcionalidad*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; César Augusto Bedoya. *Control de garantías y principio de proporcionalidad*. Bogotá, ed. Diké, 2007.

⁴⁸ En el sistema de búsqueda de la jurisprudencia de la Corte constitucional, a noviembre de 2009, aparecen como argumentos de las providencias emitidas entre 1992 y 2008, 6.804 registros, entre autos, sentencias de tutela y sentencias de constitucionalidad.

37. Todas estas consideraciones sirven en el presente asunto para señalar que, no obstante la importancia de los bienes jurídicos que se articulan en torno al proceso penal, ninguno es absoluto y no lo son tampoco los significados de las normas constitucionales que los contemplan, ni los principios y reglas que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en ellas.

Y a menos que el juez constitucional aplique el principio *pro actione* con criterios amplísimos (como se hará respecto de los cargos admitidos), el argumento de la demanda que se teja sólo desde un tal supuesto, bien puede estimarse como inepto para justificar un pronunciamiento de fondo. Esto, al ofrecer como cargo de la demanda, un razonamiento fundado en normas constitucionales alusivas a bienes absolutos, por tanto normas inexistentes, inciertas, de las cuales se derivan, naturalmente, juicios de valor falsos o fictos sobre las normas legales que se acusan.

3.4. El principio de legalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia procesal penal

38. El debido proceso se ha configurado constitucionalmente a partir de diferentes principios y garantías, dentro de las cuales se encuentran, de modo estructural, el principio del *nulla poena sine lege*, la definición de un juez o tribunal competente y la observancia de la plenitud de formas propias de cada juicio.

En este sentido el principio de legalidad, pieza esencial del Estado de derecho y constitucional de derecho, es un supuesto indispensable para la concreción del derecho fundamental consagrado en el artículo 29, así como en los artículos 9 de la Convención americana de derechos humanos y 15 del PIDCP.

39. Ahora bien, en tanto se ha visto que el legislador cuenta con cierta libertad de configuración legal, y en particular de las normas de procedimiento, su alcance no necesariamente agotará los contenidos normativos de lo que regule, pero sí deberá garantizar la igualdad de trato, así como crear la seguridad jurídica sobre la sustancia y el *modus operandi* del proceso. Esto a fin de que las partes e intervinientes sepan i) cuáles son sus derechos, deberes y responsabilidades; ii) cuáles serán las actuaciones que componen el procedimiento judicial o administrativo que se adelanten a su favor, en su contra o respecto de sus intereses, y, iii) cuáles son las diferentes decisiones y medidas que pueden adoptar las autoridades que los dirigen o que participan en ellos.

40. En derecho penal sustancial, las exigencias relacionadas con la claridad y precisión de las conductas reconocidas como delito, han dado lugar a la muy vasta y rica doctrina sobre el principio de tipicidad⁴⁹. En derecho procesal penal no se ha formulado una teoría tan exigente, pero aún así, se ha determinado como pauta de la técnica legislativa, que las disposiciones que

⁴⁹ Vid. entre muchos, H.H. Jescheck. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, editorial Bosch, Barcelona, 1981.

regulan un determinado procedimiento se conciban de modo tal, que hagan posible a los sujetos de derechos y a los operadores jurídicos, su comprensión y entendimiento meridiano, a fin de que puedan ser reconocidos sin dificultad por aquellos vinculados al proceso (como autoridad, como parte, como interviniente, como tercero, etc.).

41. Lo anterior no significa que el legislador no pueda ordenar un procedimiento en el cual incluya para ciertos efectos, conceptos jurídicos indeterminados pero determinables⁵⁰. Su correcto empleo busca habilitar al juez para adoptar decisiones de mérito o de trámite, ajustadas a circunstancias o condiciones específicas que presente cada caso en concreto, que no pueden ser anticipadas plenamente por la ley, pero que deban ser tenidas en cuenta para que la medida tomada responda mejor a los criterios de justicia material que la Constitución contempla⁵¹. No obstante, a los efectos de que su formulación no se convierta en una excusa para la arbitrariedad judicial y la violación de derechos y garantías, es importante que su empleo por parte del legislador esté regido por ciertas pautas con las cuales se asegure una adecuada comprensión y aplicación, así como la obtención de los fines para los cuales se han previsto⁵².

42. Por ello la jurisprudencia constitucional, ha establecido que en materia penal, en asuntos de carácter sustancial-procesal o procedimental, los conceptos jurídicos indeterminados son admisibles en la estructura normativa de las reglas, siempre y cuando permitan una interpretación a la vez racional y razonable.

43. Sobre esta materia se refirió la Corte en sentencia C-123 de 2004. En este asunto se juzgaba la constitucionalidad de una disposición del Código de Procedimiento penal anterior (ley 600 de 2000), en la que se permitía al juez

⁵⁰ Sobre el particular, vid. Eduardo García de Enterría. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid, ed. Civitas, 1996, pp. 217-254.

⁵¹ También para la Administración, cuando son sus funcionarios los operadores jurídicos llamados a aplicar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en las normas; conceptos que, observa la doctrina española, no se han concebido para habilitar excesos en los poderes discrecionales con que aquella cuenta, sino al contrario, para limitar su ejercicio y ajustarlo al principio de legalidad, al exigir que las decisiones y actuaciones administrativas deban adoptarse cumpliendo con los condicionamientos indetermados pero determinables dispuestos. Vid. Santiago Muñoz Machado. *Tratado de Derecho administrativo y derecho público general, Tomo I*. Madrid, Thompson-Civitas, 2004, pp. 470-471.

⁵² La utilidad normativa de los conceptos jurídicos indeterminados es tan clara que incluso en el derecho disciplinario, no obstante ser un derecho sancionatorio, se han admitido los tipos en blanco o los llamados conceptos jurídicos indeterminados, pero sólo en la medida en que puedan ser completados y precisados por el intérprete autorizado, logrando éste realizar a satisfacción el respectivo proceso de adecuación típica de la infracción (sentencias C-127 de 1993, C-599 de 1999 y C-796 de 2004). Al contrario, “si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos” (Sentencia C-530 de 2003). En esta última línea, vid. también la sentencia C-350 de 2009, que recoge la línea jurisprudencial sobre la prohibición “de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados en diferentes áreas del derecho (por ejemplo, en el ejercicio de profesiones liberales o de cargos propios de la función pública), cuando no tienen un ‘grado de indeterminación aceptable constitucionalmente’”.

penal “definir los casos en que, por justa causa o causa razonable, es posible suspender la audiencia pública de juzgamiento, impidiendo con ello que se conceda la libertad provisional al procesado que ha permanecido privado de la libertad por más de 6 meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación”.

Al atender la demanda de inconstitucionalidad formulada contra esta disposición, por violar con ella el principio de legalidad y autorizar al juez a determinar cuándo existe y cuándo no una justa causa o una causa razonable, la Corte reconoce la importancia de la precisión normativa, pues lo que se pretende es “que la técnica legislativa depure la descripción de las conductas que dan lugar a la adopción de las medidas restrictivas de la libertad, con el fin de reducir su espectro fenoménico a límites claramente identificables, evitando así la fácil subsunción típica de cualquier conducta desplegada”.

No obstante la firmeza del anterior aserto, luego se precisa que “es un hecho constatable que el legislador no puede agotar el universo de hipótesis que ingresan en la esfera del derecho penal, de modo que al juez no le quede otro oficio que el de subsumir el hecho en la descripción normativa”. Y esto ocurre no porque sea un supuesto deseable y admisible que el juez actúe, en términos de Beccaria, como un “*autómata de la subsunción*”⁵³, sino también por el reconocimiento de que el ejercicio de la función jurisdiccional contemporánea entiende la necesidad de conferir al juez un “claro protagonismo interpretativo en la aplicación de la ley penal”⁵⁴.

Con base en esta reflexión, la Corte constitucional afirmó: “ (...) la dinámica del derecho penal permite que sin quebrantar el principio de legalidad de la sanción -en el caso particular, de legalidad de la privación preventiva de la libertad- el legislador deje en el criterio del juez la interpretación de ciertos conceptos cuyo contenido indeterminado no puede señalarse *a priori*, dado el carácter general y abstracto de la norma legal”.

De lo que se trata entonces es de que el legislador delinee de manera clara y concreta “los extremos del concepto jurídico cuya aplicación entrega al juez penal, sin que por ello se entienda que el principio de legalidad sufre desmedro alguno, (...), a fin de que el juez, al verter en el concepto los hechos concretos, permanezca fiel a los márgenes en que se expresa la voluntad de la ley”.

A partir de los anteriores elementos de juicio y de otras consideraciones en las cuales la jurisprudencia constitucional estudió tanto juicios abstractos como de tutela⁵⁵, la Corte concluye que en el proceso de aplicación de la norma penal,

⁵³ Citado por Claus Roxin. *Derecho Penal, parte general, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*. Madrid, ed. Civitas, 1997. pág. 147

⁵⁴ A este respecto G. Zagrebelsky reconoce como seña de identidad del Estado constitucional, la existencia de jueces tanto ordinarios como constitucionales activos, creadores de Derecho, llamados a servir a la ley, pero también a interpretarla, aplicarla y en su caso inaplicarla, como forma de acercar lo jurídico a lo justo, como forma de incrementar la eficacia y validez sustancial del orden normativo. Vid. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995, pp. 33 y ss, 93 y ss., 131 y ss.

⁵⁵ En particular sentencias C-846 de 1999, T-1003 de 2000 y T-054 de 2003.

“es perfectamente posible que el legislador entregue al juez la función de aplicar conceptos que no pueden ser definidos apriorísticamente en la norma legal”, sin con ello quebrantar el principio de legalidad. Lo que aparece sí como indispensable, es que a la hora de aplicar tales conceptos, el juez ofrezca una justificación completa y razonable, que atienda las circunstancias concretas que rodean el proceso judicial.

Concretando, bajo el estudio de los enunciados generales que acaban de verse, a partir de lo previsto en la sentencia C-846 de 1999, destacaba las siguientes reglas: “i) el juez penal sí está facultado para suspender la audiencia pública de juzgamiento cuando las circunstancias lo ameriten; ii) dichas circunstancias deben estar justificadas y ser razonables para la suspensión de la audiencia; iii) el juez debe impedir que las maniobras dilatorias del procesado o del defensor interrumpen el proceso; iv) el juez no puede aducir como causas razonables para suspender la audiencia de juzgamiento, los defectos de funcionamiento, la ineficacia o la ineficiencia de la administración de justicia, y v) las justas causas aludidas sólo pueden prolongar la suspensión de la audiencia por el tiempo mínimo requerido”.

Y aludiendo al caso concreto, señala que cuando el juez debe determinar cuáles sucesos son causas razonables o justas que impidan continuar o llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, se puede servir no sólo de la sana crítica que debe acompañar su función, sino también de los criterios ofrecidos por la jurisprudencia, que sirven como referentes (en veces como precedentes) para el correcto uso de tales conceptos⁵⁶.

44. Estos razonamientos que han hecho parte de otros asuntos en los que se tratan materias semejantes⁵⁷, permiten señalar a modo conclusivo que la importancia de preservar el principio de legalidad como una garantía esencial en el Estado sujeto al Derecho, no es óbice para el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. Lo esencial es que la finalidad perseguida con los mismos, así como las pautas de comprensión y aplicación, resulten nítidas para los operadores jurídicos y en general para los asociados, y su empleo aparezca siempre motivado y por tanto pueda ser controlable.

⁵⁶ En todo caso, por tratarse de una medida que afecta la libertad personal, en tal asunto la Corte declara la constitucionalidad de la medida, condicionada sí a que “se entienda que la libertad provisional es procedente si una vez superada la causa justa o razonable de la suspensión no se reanuda inmediatamente la audiencia”.

⁵⁷ Es el caso por ejemplo de la sentencia C-1198 de 2008, en la que entre otras se acusaba el artículo 30 de la ley 1142 de 2007, en cuanto a que en él se establece que no habrá lugar a levantar la medida de aseguramiento de privación de la libertad, cuando *la audiencia del juicio oral no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable*. La Corte, con base en los precedentes aquí citados, declaró inexecutable el adjetivo “justa”, bajo el entendido de que dicha fórmula no permitía una comprensión clara, precisa y unívoca, y al contrario su indeterminación y ambigüedad, vulneraba la garantía de la libertad personal consagrada en el artículo 28 superior. Así mismo condiciona constitucionalmente la expresión “causa razonable”, en el entendido de que: “a) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia y b) en todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004”.

3.5. La función del Ministerio público en el proceso penal

45. Una de las particularidades del sistema procesal penal colombiano se encuentra en la participación reconocida *ex constitutione*, del Ministerio público dentro del proceso. Así cuando en el párrafo del artículo 250 C.P., se establece: “La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

46. Como bien lo indicó alguno de los intervinientes, en la sentencia C-966 de 2003, al analizar el procedimiento que dio lugar a la reforma constitucional del artículo 250 de la C.P., introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, se observó que dicho párrafo:

“es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, y que giró en torno al papel de la Procuraduría General de la Nación en el desarrollo del nuevo sistema acusatorio del proceso penal.

“En un comienzo, la idea consistía en replantear las funciones del Ministerio Público en el proceso penal, ya que, tal y como se defendía en el proyecto presentado por el Gobierno, al otorgarse a los jueces de garantías el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos, la presencia del Ministerio Público dentro del esquema propuesto era innecesaria.

“No obstante, a lo largo de las discusiones legislativas, la posición del Congreso respecto del papel de la Procuraduría en el proceso penal varió al punto que en la segunda vuelta, durante el debate en el Senado de la República, dicha célula legislativa decidió permitir el ingreso del Ministerio Público al proceso penal con el fin de armonizar sus funciones con aquellas que le confiere el artículo 277 de la Carta y permitir, fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país.

“Para esta Corporación, la discusión acerca de la presencia de la Procuraduría en el proceso penal tenía una finalidad específica y era determinar el alcance de la protección de las garantías procesales -diferentes a la libertad del procesado- y del interés público comprometido en el modelo judicial acusatorio. Así, el marco conceptual dentro del cual se presentó dicho debate no era, en sí mismo, el de la presencia de la Procuraduría en el proceso penal. Esta era apenas una discusión instrumental dirigida a solucionar el problema de la preservación de la legitimidad del proceso judicial en todos sus ámbitos.

“Por la razón anterior, la Corte considera que la ‘*institución política objeto de reforma*’, a que se refiere el artículo 226 de la Ley 5ª cuando prohíbe las modificaciones esenciales, no es la Procuraduría como agente del proceso penal sino la protección de las garantías individuales y públicas en dicho proceso. Es en éste contexto en el que el debate del Ministerio Público adquiere relevancia y sentido práctico. Por ello, el Congreso, preocupado por garantizar en grado máximo la legitimidad del proceso penal, decide ampliar y reforzar la gama de protección ofrecida inicialmente por el juez de garantías y le permite al Ministerio Público seguir ejerciendo las funciones asignadas por el artículo 277 de la Carta en el trámite de las diligencias penales bajo el nuevo sistema acusatorio”.

47. Lo aquí transcrito explica por qué en el Código de procedimiento penal no son pocas las funciones generales y específicas asignadas a la Procuraduría,

como interviniente del proceso llamado a la preservación de intereses objetivos y subjetivos que en el mismo se tejen.

48. A tales funciones se refirió la Corte constitucional en sentencia C-1154 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del artículo 79 del C.P.P. que reconoce en cabeza de la Fiscalía la facultad de archivar las diligencias cuando se evidencia la inexistencia de delito. Esta norma se estimó exequible bajo el entendido de que tal decisión del fiscal, fuese notificada entre otras al Ministerio público y al denunciante⁵⁸.

Esta conclusión se obtiene del estudio que desarrolla, entre otras, del lugar que ocupa el Ministerio público en el sistema acusatorio colombiano. De tal suerte, luego de transcribir lo previsto en los artículos 109⁵⁹ y 111 del C.P.P.⁶⁰, recoge una relación detallada de las restantes oportunidades y supuestos en los que la ley procesal penal incluye la participación del Ministerio público. Así, le compete al mismo:

⁵⁸ Es decir que el archivo del expediente por parte del fiscal que conoce del asunto, procederá cuando “constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal”, y debe ocurrir siempre y cuando dicha caracterización corresponda a la tipicidad objetiva y a la decisión del archivo de las diligencias de forma motivada y comunicada tanto al denunciante como al Ministerio Público.

⁵⁹ Artículo 109. *El Ministerio Público*. El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales. //Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto 1421 de 1993, en los mismos eventos del inciso anterior los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia l os desplace. //Parágrafo. Para el cumplimiento de la función, los fiscales, jueces y la policía judicial enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia.

⁶⁰ Artículo 111. *Funciones del Ministerio Público*. Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento: 1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales: a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley; e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa. g) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.//2. Como representante de la sociedad: a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión; b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad; e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

“solicitar el cambio de radicación⁶¹, recusar a los funcionarios⁶², presentar querellas en los términos del artículo 71 de la Ley 906 de 2004⁶³, estar presente en la destrucción del objeto material del delito⁶⁴, solicitar el pronunciamiento definitivo sobre bienes cuando haya sido omitido⁶⁵, solicitar medidas cautelares sobre bienes en procesos en los que sean víctimas menores de edad o incapaces⁶⁶, solicitar la apertura del incidente de reparación integral⁶⁷, solicitar la práctica de pruebas anticipadas cuando este ejerciendo funciones de policía judicial, cuando se reúnan los requisitos del artículo 284 o el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004⁶⁸, solicitar el relevo del defensor discernido⁶⁹, estar presente en todas las audiencias de la etapa de juzgamiento⁷⁰, insistir en la admisión del recurso de casación⁷¹, demandar la agravación de la pena⁷², solicitar la acción de revisión⁷³, solicitar la preclusión de la investigación cuando haya vencido el plazo en los términos del artículo 294⁷⁴ o cuando se presenten las causales establecidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004⁷⁵, efectuar solicitudes en la audiencia preliminar⁷⁶, presentar argumentos en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento⁷⁷, controvertir la prueba aducida por la Fiscalía en la audiencia de control de legalidad de aplicación del principio de oportunidad⁷⁸, participar en la audiencia de estudio de la solicitud de preclusión⁷⁹, recibir copia del escrito de acusación con fines informativos⁸⁰, participar en la audiencia de formulación de la acusación⁸¹, efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria⁸², solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba⁸³, hacer oposiciones durante el interrogatorio⁸⁴, una vez terminados los interrogatorios de las partes hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso⁸⁵, presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado⁸⁶, intervenir en todo lo relacionado con la ejecución de la pena⁸⁷, participar

⁶¹ Ley 906 de 2004. Artículo 47.

⁶² Ley 906 de 2004. Artículo 61.

⁶³ Ley 906 de 2004. Artículo 71.

⁶⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 87.

⁶⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 90.

⁶⁶ Ley 906 de 2004. Artículo 92.

⁶⁷ Ley 906 de 2004. Artículo 102.

⁶⁸ Ley 906 de 2004. Artículos 112, 284

⁶⁹ Ley 906 de 2004. Artículo 122.

⁷⁰ Ley 906 de 2004. Artículos 149, 355

⁷¹ Ley 906 de 2004. Artículo 184.

⁷² Ley 906 de 2004. Artículo 188.

⁷³ Ley 906 de 2004. Artículo 193.

⁷⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 294

⁷⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 332.

⁷⁶ Ley 906 de 2004. Artículo 302.

⁷⁷ Ley 906 de 2004. Artículo 306.

⁷⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 327.

⁷⁹ Ley 906 de 2004. Artículo 333.

⁸⁰ Ley 906 de 2004. Artículo 337.

⁸¹ Ley 906 de 2004. Artículo 339. En cuanto a la comparecencia del investigado al proceso, la sentencia C-591 de 2005, fue clara en indicar la importancia no sólo de que el Estado (en cabeza de la fiscalía) “cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado”, sino también del rol que juega el Ministerio público para estos casos, el cual “se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso”.

⁸² Ley 906 de 2004. Artículo 357.

⁸³ Ley 906 de 2004. Artículo 359.

⁸⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 395.

⁸⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 397.

⁸⁶ Ley 906 de 2004. Artículo 443.

⁸⁷ Ley 906 de 2004. Artículo 459.

en la aplicación de las penas accesorias⁸⁸ y asistir a las diligencias en el territorio nacional⁸⁹ entre otras”.

49. Se trata entonces, de una participación principal que no accidental, que se aprecia en todos los momentos del proceso, a punto de determinar, en el asunto en comento, que aún sin existir regulación expresa, la decisión de archivo de diligencias por parte de la Fiscalía debiera ser no sólo motivada sino también notificada tanto al Ministerio público como al denunciante. Es decir que, no obstante la determinación de la Fiscalía se fundara en una causal objetiva tan precisa como la inexistencia de delito, al reconocer el valor que en el proceso penal posee la presencia del Ministerio público, éste debía tener conocimiento de la misma, para que en caso de hallarla contraria a derecho o a los derechos fundamentales en juego, pudiera controvertirla e impugnarla.

50. Los alcances de la intervención del Ministerio público en el proceso, no son sin embargo, determinables de un modo fijo. Así pudo constatarse en la sentencia C-210 de 2007, en la cual se estimó constitucional la limitación de la intervención del Ministerio público dispuesta en el art. 92 del C.P.P. para solicitar medidas cautelares en el proceso penal, únicamente a favor de menores de edad e incapacitados, víctimas de hechos punibles. Esta medida se encuentra exequible y no crea un trato desigual ilegítimo frente a las víctimas adultas, pues en este caso el llamado a proteger sus intereses, es, según la Constitución, la propia Fiscalía. La medida legal juzgada representa entonces una manifestación del poder de configuración legislativa, que además incluye una discriminación positiva⁹⁰ que por las características específicas de los sujetos a favor de quienes se crea⁹¹, reclaman una protección especial, en este caso representada por la competencia atribuida al Ministerio público⁹².

51. Ahora bien, las diferentes funciones del Ministerio público en el proceso penal no pueden ser interpretadas como piezas con las cuales se desvirtúa enteramente la fisonomía adversarial y acusatoria del procedimiento en cuestión. Porque como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en reciente pronunciamiento, el “Ministerio Público, como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de

⁸⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 462.

⁸⁹ Ley 906 de 2004. Artículo 486.

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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.

⁹² Algo semejante se observa respecto de la facultad reconocida en el artículo 294 del C.P.P., cuya constitucionalidad se estudió en la sentencia C-806 de 2008, en donde se determinó que si bien lo usual es que la Fiscalía General de la Nación le solicite al juez de conocimiento decretar la preclusión de la investigación, esta disposición regula un supuesto excepcional, “consistente en que, ante una omisión grave del órgano de investigación, la defensa o el Ministerio Público quedan facultados para solicitarle al juez decretar la preclusión de la investigación pasados sesenta (60) días de la audiencia de imputación de cargos, sin que exista formulación de una acusación”. Se trata de una facultad reconocida a la defensa y al Ministerio público, que a su vez permite al juez ejercer también la facultad, que no obligación, de declarar la preclusión de la investigación pasados sesenta (60) días, siempre y cuando se presente o no alguna de las causales legales que justifiquen tal decisión.

acuerdo con las cuales únicamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el ‘cabal conocimiento del caso’, el Representante de la Sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas”⁹³.

52. Las consideraciones que preceden permiten a la Corte concluir que el Ministerio público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respeto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento.

53. El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho.

3.6. La función del juez de conocimiento respecto de la prueba. El precedente de la sentencia C-396 de 2007.

54. Ya se ha dicho en esta providencia, recogiendo la doctrina sentada por esta misma Corporación y también por la Corte Suprema de Justicia, que es una característica del sistema procesal penal colombiano de tendencia acusatoria, que el juez de conocimiento, esto es, el que adelanta el juicio oral, no sea un árbitro o sujeto plenamente neutral que no despliega actuación distinta a la de atender y valorar la exposición que de los hechos hacen las partes del proceso a través de las pruebas allegadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de mayo de 2009, Proceso No 30782.

55. Con todo, también se ha visto que el diseño del constituyente, desarrollado por el Código de Procedimiento Penal, han procurado que las competencias reconocidas al juez llamado a fallar el proceso, sean compatibles con los principios que estructuran el proceso y con el propósito latente al sistema de tipo acusatorio, de que su actuación esté revestida de todas las condiciones factibles que garanticen su plena imparcialidad.

56. Una de las manifestaciones más evidentes de dicha pretensión se encuentra en la prohibición de decretar pruebas de oficio, contemplada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, cuya constitucionalidad se estudió y definió en la sentencia C-396 de 2007. Tal decisión debe ser tenida en cuenta como precedente para valorar algunos de los problemas jurídicos que se han planteado en este asunto, razón por la cual se estudiará con detalle en sus apartes pertinentes.

Acusado el precepto porque con la prohibición legal para que el juez decreta pruebas de oficio en el proceso penal se desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución, la Corte se vió abocada a resolver como problema jurídico “si para garantizar el descubrimiento de la verdad y, con ella, la realización de la justicia es condición *sine qua non*, reconocerle iniciativa probatoria al juez en el sistema penal acusatorio”. A estos efectos, desarrolló un análisis sobre el significado de la búsqueda de la verdad y la justicia y su incidencia sobre la labor del juez, sobre qué tipo de actuación debe éste desplegar para asegurar su imparcialidad e independencia en la búsqueda de la realización de los derechos e intereses en conflicto en el proceso penal y sobre cuál debe ser el rol del juez en el sistema penal acusatorio ante la tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales. Todo ello para responder a la pregunta de si el legislador estaba facultado o no para prohibir las pruebas de oficio en el proceso penal.

En el marco de tales consideraciones, observó la Corte cómo uno de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentra en la modificación de la actividad probatoria en el proceso, concebida tanto en la Constitución como en la ley. Con ella se intensifica la aplicación de reglas que permiten la averiguación de la verdad en el proceso penal y la concreción del deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional, con pleno respeto de los derechos fundamentales del inculpaado y de las víctimas del delito.

Así, como elementos de la actividad probatoria que surgen de la estructura misma del sistema penal, destaca los siguientes:

“i) Es **fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba**. Los *primeros* tienen como finalidad recaudar y obtener las *evidencias* o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de

investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los *segundos*, los actos de prueba, son aquellas *actuaciones* que realizan las partes *ante el juez de conocimiento* con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

“ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

“iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la *búsqueda de la verdad*, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto *resulta evidente la posición adversarial en el juicio*, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima⁹⁴ están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado.

“iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria (...).

“v) *Por regla general*, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la **pasividad probatoria del juez**, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado” (resaltado e itálicas fuera del texto original).

Del anterior análisis, concluye que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas, en efecto hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida como un “principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal” a la vez que como “garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido”. En ese orden, excluye la consideración según la cual la búsqueda de la verdad se debe encontrar indisolublemente asociada con la prueba de oficio.

⁹⁴ Después de la sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual, esta Corporación, autorizó a los representantes de las víctimas en el proceso penal a presentar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, “en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

Con todo, al observar que en el sistema colombiano el juez no es un mero árbitro ni que el proceso acusatorio es típicamente adversarial, encuentra necesario verificar si es constitucionalmente válido que, ante la insuficiencia de elementos probatorios en el juicio, el juez deba proferir fallo sin que pueda decretar pruebas de oficio.

Para tales efectos, comienza por decir que la imparcialidad y la independencia son principios de la aplicación de la justicia en los Estados democráticos. En Colombia, entonces, a pesar de que no haya una declaración expresa en la Constitución que consagre el principio, existe plena claridad sobre su reconocimiento implícito en los artículos 29, 229 y 230 constitucionales, como “parte del conjunto de las garantías procesales y sustanciales que rodea a la administración de justicia”. Pero ¿cómo se garantiza la efectividad del principio?, es una pregunta que ha sido resuelta de diversas formas en la historia. Por ello resulta razonable que sea el legislador el que diseñe “el esquema procesal que considera adecuado para la búsqueda de la verdad y para concretar la imparcialidad, pues los dos son conceptos tan amplios que su concreción corresponde al legislador”.

En el ordenamiento jurídico colombiano, dijo entonces la Corte, se han diseñado diferentes garantías institucionales e individuales destinadas a asegurar no sólo que el juez se halle en una posición subjetivamente ajena a las partes e intervinientes, sino también que dicha situación se presente de modo objetivo⁹⁵. Dentro de ese conjunto de elementos tanto externos⁹⁶ como internos al proceso que han venido nutriendo la noción de imparcialidad del juez, aparecen los principios que se reconocen como propios a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria y que son “i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía”.

Todos ellos impiden que el juez falle conforme a sus propios prejuicios. La actividad probatoria, se vuelve entonces sinónimo del concepto de neutralidad cognoscitiva del juez, lo cual responde al esquema procesal del Acto Legislativo número 3 de 2002. Dichas reglas también producen “el impacto psicológico de confianza y neutralidad del juez” pues de lo contrario, al investigar y juzgar, y de este modo, al participar en el recaudo de pruebas, puede inclinarse a favor de alguna de las partes y producir “un prejuzgamiento o una postura anticipada que debe evitarse”.

⁹⁵ Recoge de este modo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se han decantado las vertientes que construyen el principio de imparcialidad judicial, también reconocido por los tribunales constitucionales europeos y por la doctrina científica. Vid. TEDH. Sentencia del 17 de junio de 2003. Asunto: Pescador Valero Vs. España; TCE, sentencias 145 del 12 de julio de 1988 y 52 del 26 de febrero de 2001, entre otras. También, Joan Picó Junio. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona, ed. Bosch, 1997, pp. 135 y ss.

⁹⁶ Es el caso de la carrera judicial, la independencia administrativa de la rama judicial de los demás poderes públicos, la autonomía financiera de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, así como el régimen objetivo de impedimentos y recusaciones.

Finalmente, a partir de un análisis sistemático y teleológico del artículo 361, concluye la sentencia en comento que la prohibición allí contenida no es absoluta, “en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”. La pasividad probatoria del juez se encuentra entonces limitada a la etapa del juicio, pues es allí donde se aprecia que “la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial” en la que se suscita la contradicción entre las partes, se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios con que cuentan las partes. No ocurre lo mismo en la etapa en la que “el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal”.

57. Conforme al precedente descrito, es claro que el juez de conocimiento no puede decretar pruebas de oficio, es decir, que en la audiencia preparatoria donde las partes presentan las pruebas que pretenden hacer valer para mostrar su versión, a mas de las que excepcionalmente puede solicitar el Ministerio público según adelante se verá, no puede sumar nuevos medios probatorios, pues así lo ha dispuesto el legislador a partir de su poder de libre configuración normativa. Y en el mismo sentido, durante la práctica de las pruebas decretadas, no puede incluir otras no señaladas en dicha audiencia, pues con ello rompería las reglas probatorias con que se protege la igualdad de armas que debe existir entre las partes del proceso.

3.7. Los casos concretos

58. Una vez revisados los anteriores elementos del juicio, pasa la Corte constitucional a estudiar los cargos formulados contra los artículos 17 y 454 (parciales) (3.8.1.), 112 y 357 (parciales) (3.8.2.), 397 (parcial) (3.8.3.), y 438 (parcial) (3.8.4.) de la Ley 906 de 2004.

3.7.1. Sobre los artículos 17 (parcial) y 454 (parcial) del C.P.P.

59. Conforme a la demanda, los apartes acusados de estas disposiciones vulneran el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, pues la suspensión de la actuación procesal en general y de la audiencia del juicio oral, sin que el legislador establezca de manera precisa cuáles son las causales que lo justifican, ofrece las condiciones para que el juez a su libre arbitrio, determine cuándo suspender el proceso, en perjuicio del principio de concentración y en general de los derechos del procesado.

El representante de la Universidad Nacional de Colombia, comparte su opinión. Por el contrario, los demás intervinientes y la Procuraduría estiman que tales preceptos son constitucionales por no suponer una vulneración al debido proceso.

60. Sobre este particular, observa ante todo la Corte, que la forma en que el demandante enfoca el problema, simplifica el contenido de las normas acusadas, no entra en las especificidades de cada una, sino que aprecia su discurso jurídico común y de él desprende el cargo de inconstitucionalidad propuesto. Sólo apunta que esa ordenación común contenida en los artículos 17 y 454 del CPP y según la cual el principio de concentración admite excepciones, desconoce un elemento determinante del sistema acusatorio y del principio de libertad, confiriendo además al juez un poder sin sujeción a la legalidad.

61. En efecto, el artículo 17 CPP, luego de exponer el concepto de “concentración” como forma de desarrollar la audiencia lo más continua posible, agrega la salvedad que es objeto de acusación en este proceso según la cual dicho principio operará “sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen”. Y a ello le sigue el exhorto al juez para que vele porque “no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”.

Es decir que la proposición acusada se compone de varios elementos, no todos destacados por el actor. Se habla de una autorización, suspender la actuación procesal, que es adjetivada con el adverbio “excepcionalmente”, lo que a su vez se especifica bajo el criterio de que se presenten “circunstancias especiales” que justifiquen tal suspensión, y por un término cierto: hasta de 30 días.

Por su parte, el art. 454 CPP, al reiterar el principio de concentración en el título específico sobre el juicio, entendido también como adelanto de la audiencia del juicio oral de forma continua, introduce igualmente una salvedad por cuya virtud autoriza al juez a suspender el proceso. Incluye esta vez dos *elementos circunstanciales* de cualificación de la medida y uno *temporal*. Los primeros, según los cuales la suspensión puede ocurrir cuando se presenten “situaciones sobrevivientes de manifiesta gravedad”, y cuando no exista “otra alternativa viable”. El segundo, que establece que la suspensión de la audiencia, puede prolongarse “por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

62. Vista en su complejidad, es necesario precisar cuál es en sentido estricto la proposición jurídica que el actor acusa y por tanto cuál es el argumento concreto y admisible que debe ser estudiado.

63. Porque, en lo que hace al aserto muy claro de que las normas suponen violación del debido proceso sin dilaciones injustificadas, esta proposición en cuanto tal no aparece motivada. No dice por qué la autorización para suspender el proceso en los términos establecidos en los apartes acusados, representa una delación indebida contraria a los artículos 29 de la CP, 8° de la Convención americana de DD.HH. y 14 del PIDCP, respectivamente. En ese orden, es un cargo sin razones específicas.

Así mismo, en determinado punto ofrece, al menos en apariencia, un entendimiento de la concentración como un principio de carácter absoluto. Una postura que, como se ha dicho, no es admisible por sí sola para dar lugar a un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de un precepto. Y esto es así, al no ser tal un argumento pertinente, pues por una parte, al menos en principio, es incierto pues no hay bienes jurídicos de valor absoluto, y por otra, no hay justificación ninguna que determine estimar en este caso lo contrario.

Y, como se ha dicho con reiteración por esta Corte, de hallarse solos estos argumentos en la demanda, el juez constitucional se habría visto forzado a declararse inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo.

64. Mas, el demandante no se queda ahí, pues establece también que no es constitucional que las excepciones no las fije la ley sino el juez, de lo cual desprende su consideración sobre el ejercicio arbitrario de esa atribución judicial, en detrimento de los derechos del procesado. Un argumento que virtud del principio *pro actione*, la Corte encuentra admisible pues en él se evidencia de manera cierta, específica y pertinente, una cuestión de relevancia constitucional en el procedimiento penal. Se alude al problema de si la justa o injusta dilación del proceso, depende o no de que las causas que la justifiquen, estén dispuestas de manera precisa por el legislador o no; o de si, como ocurre en el presente asunto, se ordenen a través de conceptos jurídicos indeterminados.

65. La Corte estima entonces que la objeción cierta, específica, pertinente y suficiente que procede analizar frente a lo previsto en los artículos 17 y 454 del CPP, va dirigida contra los ingredientes circunstanciales que reglan desde el punto de vista de la oportunidad, la suspensión de la actuación procesal, en particular de la audiencia de juicio oral. Es decir el ser “excepcional”, para “circunstancias especiales”, o “situaciones sobrevivientes de manifiesta gravedad”, y el que no exista “otra alternativa viable”.

Se trata claramente de un problema relacionado con la fijación de una facultad del juez, sujeta no a supuestos regla cerrados e inequívocos, sino previstos a través de conceptos jurídicos indeterminados.

66. Por consiguiente, lo que el juez constitucional tiene que verificar es que se hayan cumplido los condicionamientos que la jurisprudencia ha reconocido como indispensables para concretar tales ingredientes normativos, acotar su significado y brindar racionalidad a su uso. Es decir, de establecer si el legislador ha delineado con suficiencia a través de tales expresiones indeterminadas, los extremos de orden circunstancial del concepto jurídico cuya aplicación entrega al juez penal: la suspensión de la audiencia, sin desmedro del principio de legalidad y permitiendo a aquél adoptar una decisión oportuna y adecuada.

67. Sobre este punto, encuentra la Corte que tales conceptos jurídicos indeterminados ordenan correctamente y sin vulnerar el principio de legalidad

requerido para esta clase de actuaciones (art. 6º, 29 CP), el ejercicio excepcional de la facultad reconocida al juez para suspender por un determinable lapso, la audiencia del juicio oral.

68. Y esto es así porque, como con acierto lo anota uno de los intervinientes, el operador jurídico, en este caso, el juez, cuenta con muchas herramientas para comprender el alcance de las expresiones allí utilizadas. Ser, en los términos del art. 17 CPP, una facultad excepcional ejercitable en “circunstancias especiales”, ingrediente que luego en el art. 454 CPP se precisa como “situaciones sobrevivientes de manifiesta gravedad” e inexistencia de “otra alternativa viable”.

69. Por una parte la propia semántica de las proposiciones señaladas, de la cual se desprende su difícil ocurrencia y la necesaria justificación por parte del juez, dado que la suspensión no se puede decretar ante situaciones no previsibles, ni comunes, sino al contrario, sobrevivientes, graves e insuperables con medida distinta a la de suspender el proceso.

Es claro que su atribución tiene un carácter restrictivo, porque constituye una facultad excepcional, es decir una excepción a la regla común que es la continuidad del proceso y su concentración en un espacio y un tiempo, Y ¿qué es excepcional? Lo llamado a ocurrir por fuera de lo ordinario, que viene de improviso, de un momento a otro, en un instante, que posee entidad, es serio, de cuidado y que es, además, en harto difícil, arduo, molesto y enfadoso. Se habla, en fin, de suceso invencible frente a la cual el juez no tiene más remedio que decretar la suspensión del proceso⁹⁷.

70. Por otro lado, las expresiones utilizadas por el legislador no son desconocidas para el juez como jurista, pues muy al contrario, desde el Derecho romano se ha hablado de situaciones sobrevivientes, imprevistas, e insuperables, que hacen imposible cumplir con una obligación contraída, o que excluyen la responsabilidad del hecho extracontractual⁹⁸. Noción que, se aprecia con nitidez, son muy cercanas a los conceptos jurídicos indeterminados que ha utilizado el legislador en los artículos 17 y 454 del CPP. Así en el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, como figuras clásicas del derecho de obligaciones, por cuya ocurrencia se extinguen de modo anormal, en razón de la ocurrencia de tales hechos no imputables, no previsibles, o imposibles de evitar⁹⁹.

Por lo que se refiere a los hechos extracontractuales, también la dogmática del Derecho penal, casi desde los inicios del proceso de humanización de sus reglas, principios y procedimiento, incluyó como causal excluyente de

⁹⁷ www.rae.es, voces excepcional, sobrevenir, grave, insuperable, invencible, consulta noviembre 2009.

⁹⁸ Vid. entre otros, Federico Fernández de Buján. *Sistema contractual romano*. Madrid, Dykinson, 2004.

⁹⁹ Vid. al respecto, Fernando Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones. Tomo i*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 782 y ss. Mario César Gianfelici. *Caso fortuito y caso de fuerza mayor : en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, entre otros.

responsabilidad la ocurrencia de sucesos de tal naturaleza como causa del daño causado¹⁰⁰. Así mismo la noción de “gravedad” ha hecho parte de los descriptores de las conductas punibles penal y disciplinariamente, pero es también una forma de calificar situaciones, condiciones o hechos, de lo cual se derivan responsabilidades y derechos de diversa índole¹⁰¹. También en la teoría del daño en general y en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, la fuerza mayor y el caso fortuito han sido supuestos de hecho con un desarrollo legal y sobre todo jurisprudencial y doctrinario muy acabado, en donde la idea sobre lo que hace a un hecho o situación imprevisible o insuperable, resulta acotada de modo suficiente.

71. Con todos estos elementos, que por lo visto más que hacer parte del derecho positivo son figuras esenciales de la tradición jurídica, no es admisible estimar que el juez, frente a lo contemplado en los artículos 17 y 454 del CPP, no cuente con nítidos y asibles elementos de juicio para valorar, en el caso concreto, si se encuentra o no ante una circunstancia excepcional, sobreviviente de manifiesta gravedad y que no ofrece una opción diferente a la de suspender el proceso.

72. Por lo demás, aplicando los criterios del precedente jurisprudencial sobre los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰², se encuentra que es conforme a derecho y es manifestación legítima de la potestad de configuración normativa, establecer que el juez esté facultado para suspender la audiencia pública de juzgamiento cuando las circunstancias lo ameriten, bajo ciertas condiciones que se desprenden claramente de la forma como están redactados los preceptos, a saber: i) que están excluidas las maniobras dilatorias del procesado o del defensor, o las que buscan excusar los defectos de funcionamiento, ineficacia o ineficiencia de la administración de justicia. ii) que la justa causa de la suspensión no se puede prolongar sino por el tiempo mínimo requerido en que dura el fenómeno en concreto; y iii) una última según la cual, el juez tiene que justificar expresamente la decisión, para que lo conozcan las partes y puedan en su caso controvertirlo.

No hay por tanto, en las proposiciones jurídicas acusadas, una autorización tácita para que el juez suspenda el proceso a su buen criterio, pues conforme se dijo en la reciente sentencia C-059 de 2010, “la interrupción de las audiencias de juzgamiento no es deseable en un sistema penal acusatorio, ni debe convertirse

¹⁰⁰ Jesús Ignacio García Valencia. *Las causales de inculpabilidad*. Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994; también Enrique Bacigalupo. *Teoría y práctica del derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹⁰¹ Así por ejemplo, para tratar una causal de aborto autorizado por el derecho: la grave malformación del feto, para calificar la culpa de un individuo frente a un hecho o acto dañoso, para calificar la actuación del particular sobre un interés colectivo, para describir el estado de salud de alguien y justificar su incumplimiento de deberes y obligaciones. También, para calificar la discapacidad que admite reclamar el divorcio, así como los crímenes, la duda, la causa, las faltas, los perjuicios, las lesiones, la culpa, el riesgo y el peligro. Igualmente, para calificar la perturbación del orden público, económico, social o ambiental que justifica la declaratoria de los Estados de excepción, las omisiones de los servidores públicos, los errores de interpretación que ameritan la casación de un asunto, la revisión de un laudo, de un informe pericial, los incumplimientos del Estado, etc.

¹⁰² C-864 de 1999, C-123.de 2004

en una práctica recurrente. Por el contrario, los funcionarios judiciales deben garantizar la continuidad del juicio oral a efectos de acercarse, lo antes posible, a la verdad de lo sucedido, e igualmente, para evitar situaciones que puedan llegar a afectar a las víctimas y a los testigos”. De lo que se trata es de señalar los casos excepcionales en los cuales, de veras, no existe para el juez una opción distinta que la de suspender el proceso, mas sólo por el tiempo estricto que la situación sobreviniente, grave e ineludible amerite.

73. En consecuencia, no existe violación del principio de legalidad y en ese sentido los apartes acusados de los artículos 17 y 454 del CPP, serán declarados exequibles.

3.7.2. Sobre los artículos 112 (parcial) y 357 (parcial) del Código de Procedimiento Penal.

74. Para el actor, los apartes acusados de los artículos 112 y 357 del C.P.P., a los que se integra por unidad normativa el artículo 374 en la expresión “deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357”, son contrarios a la Constitución. A su juicio, admitir que el Ministerio público esté facultado para solicitar la práctica de pruebas no pedidas por las partes y que pudieren tener “esencial influencia en los resultados del juicio”, representa una vulneración directa del debido proceso, visto en el sistema acusatorio desde su carácter adversarial y de la igualdad de armas, así como violatorio de lo previsto en el artículo 277 CP.

Estas consideraciones sólo las respalda el representante de la Universidad Nacional. Por su parte, son rechazadas por la Fiscalía, el Ministerio del interior y de justicia y la Vista fiscal, pues encuentran que con las limitaciones previstas, esta facultad reconocida por los preceptos acusados es reconocible como un instrumento idóneo para el ejercicio de sus competencias constitucionales.

75. En este caso, como ocurrió en el anterior, debe la Corte primero resaltar que la argumentación del actor, no entra en los detalles sobre lo preceptuado en los apartes que acusa, sino que ataca derechamente la mera posibilidad de que el Ministerio público pueda solicitar pruebas, esto es, la facultad reconocida en cuanto tal, con independencia de sus características de tiempo y modo, según aparece descrita.

Por ello el problema jurídico que la Corte debe resolver aborda así la cuestión formulada, es decir que atiende a la pregunta sobre si podía el legislador o no, atribuir esa facultad al Ministerio público, conforme al orden constitucional colombiano.

76. A este interrogante responde la Corte de modo afirmativo, por las siguientes razones:

i) En cuanto al debido proceso, no existe violación alguna pues como el actor mismo lo reconoce en su libelo, el sistema recogido desde el A.L. No. 3 de 2002, no incorporó en el orden jurídico una fórmula pura o modélica que excluya del debate probatorio, de forma radical, cualquier intervención y solicitud que no provenga de las partes propiamente dichas.

De otro lado, la norma está construida en términos semánticos de un modo tal que permite reconocer en ella, su coherencia con el resto del sistema, con la tendencia acusatoria a la que apunta, pero también con la intervención ordenada constitucionalmente de la Procuraduría en el proceso penal. (art. 250, parágrafo C.P.).

Desde la aplicación sencilla del método gramatical de interpretación se puede observar que la norma jurídica deja ver que permitir que el Ministerio público solicite una prueba, no rompe con el debido proceso, su carácter adversarial y la igualdad de armas que debe existir entre la Fiscalía y el procesado.

Se hace referencia a la expresión “excepcionalmente”, un adverbio adjetivado que comienza por determinar cuándo puede el Ministerio público solicitar la práctica de pruebas. “Excepcionalmente”, es decir que es una *excepción de la regla común* según la cual, al Ministerio público no le corresponde participar en el debate probatorio de las partes, de modo que *no es ordinario* que lo haga y en ese tanto, *ocurre rara vez*¹⁰³.

Este primer criterio inscrito en el precepto, se une directamente con la cualificación de la prueba que puede ser solicitada, entendida como aquella que “pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio”. Este ingrediente que delimita la atribución conferida al Ministerio público, se configura de nuevo como concepto jurídico indeterminado pero a juicio de la Corte determinable.

En efecto, que se trate de una prueba no pedida por las partes, pero que además deba tener “influencia esencial en las resultas del juicio”, está reforzando la idea de que se debe tratar de un caso muy raro. Es decir, el caso de que sea el Ministerio público y no las partes, quien vea que existe una prueba determinada no pedida por ellas, que sea capaz de demostrar un *factum* determinante del proceso. Y esto sólo ocurrirá, como dice la norma acusada, “excepcionalmente”.

Y sin entrar a discutir cuál es exactamente la actuación procesal en la que se puede ejercer dicha facultad, lo cierto es que el artículo 357, en concordancia con el aparte integrado del art 374 del C.P.P., implica que ello sólo puede ocurrir una vez las partes hayan presentado sus “armas probatorias” en la audiencia de preparación, lo que evita intromisiones en la forma como las partes pretenden demostrar los hechos que respaldan sus pretensiones.

¹⁰³ Las expresiones en itálicas recogen las acepciones reconocidas a la voz “excepcional” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. www.rae.es. Consulta noviembre 2009.

ii) El Constituyente de manera expresa (art. 250, parágrafo C.P.) confirmó la participación del Ministerio Público en el proceso penal, conforme las competencias atribuidas en el artículo 277 C.P. Y tras señalar un número de responsabilidades constitucionales, dejó en manos del legislador las demás que estimara procedentes y pertinentes para el cumplimiento de la función de este organismo de control al interior del Estado (num 10).

En este contexto, se aprecia que el legislador no se ha excedido en su poder de configuración normativa al señalar lo contemplado en el art. 357 *in fine* del C.P.P. y sus reconocidas concordancias, por cuanto en aplicación de los criterios señalados por la sentencia C-227 de 2009 ya referida: a) atiende los principios y fines del Estado, como sucede con la procura de una justicia imparcial, basada en el cumplimiento del principio de legalidad y el respecto al principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 13 CP.); b) salvaguarda los demás derechos en juego, en especial el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.)¹⁰⁴; c) las restricciones materiales que impone al ejercicio de la atribución al ser intensas, aseguran que con ella no se altere de modo desproporcional e irrazonable la igualdad de armas, el equilibrio que el sistema procesal penal procura entre las partes, a través de las diferentes figuras que lo integran (derechos, garantías, instituciones, procedimientos); d) finalmente, la facultad excepcional reconocida por el legislador, permite la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.), en la medida en que su ejercicio lo que busca es que llegue al proceso una prueba esencial para la solución del caso.

77. Ahora bien, con todo y que la excepcionalidad con que puede ser ejercida la facultad por parte del Ministerio público podría hacer superfluo que la solicitud estuviese acompañada de motivación, encuentra la Corte que en todo caso, así debe hacerlo. Esto, para que el juez pueda valorar si la solicitud es pertinente y admisible (art. 359 C.P.P.), no sólo en los términos establecidos para las pruebas en general (artículos 375 y 376 C.P.P.), sino en cuanto a que efectivamente sea de “esencial influencia para la resolución del juicio” (art. 357 *in fine* C.P.P.).

78. Lo previsto en el artículo 357 *in fine* del CPP y las remisiones hechas a este precepto, contempladas en los artículo 112 y 374, se declararán constitucionales conforme al cargo propuesto y en los términos aquí establecidos.

3.7.3. El artículo 397 (parcial) del C.P.P.

79. El actor acusa el artículo 397 (parcial), por cuanto estima que la autorización para que el juez de conocimiento y del Ministerio público, una vez concluidos los interrogatorios de las partes, hagan preguntas complementarias a los testigos del proceso para el cabal entendimiento del

¹⁰⁴ Sentencia C-1512 de 2000.

caso, vulnera el derecho al debido proceso y el principio de legalidad. Lo uno, al suponer una ruptura tanto del principio de pasividad del juez en el sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, como de la igualdad de armas. Lo otro, porque una facultad como la allí descrita para la Procuraduría, no es concordante con las funciones constitucionales dispuestas en los artículos 250 parágrafo, en concordancia con el artículo 277 CP.

De nuevo el representante de la Universidad Nacional de Colombia, concuerda con el actor. Por su parte la Fiscalía, el Ministerio del interior y de justicia y la Procuraduría, consideran que el precepto es constitucional pues con el mismo no se está facultando al juez de la causa y al Ministerio público a pedir pruebas libremente o a formular un nuevo interrogatorio, sino que al contrario, su función está dirigida a controlar la legalidad y la calidad de la declaración, para asegurar su utilidad en el proceso.

80. Sobre este particular, encuentra la Corte que tampoco en este punto le asiste razón al actor, conclusión a la que se llega con argumentos muy próximos a los expuestos para el caso del artículo 357 (parcial) CPP y normas concordantes. Pero también, de modo importante, a partir de la aplicación de los conceptos decantados por la jurisprudencia de este tribunal, relacionados en la primera parte de esta providencia.

81. En cuanto a lo primero, como tantas veces se ha dicho, el sistema procesal penal colombiano es de tendencia acusatoria, pero no se ha concebido como una fórmula inalterable frente a la cual el legislador pierde poder de configuración para convertirse en un mero *reglamentador* del modelo arquetípico inserto en la Constitución. Al contrario, dentro del marco dispuesto en ella, el legislador tiene la potestad de perfilar, ahondar o separarse de ciertas características del sistema, en la medida en que no se afecten de modo ilegítimo los derechos fundamentales, ni tampoco las garantías básicas y estructurales del procedimiento incorporadas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002.

En este mismo sentido, el debido proceso no se encuentra rígidamente predeterminado, pues aunque parte de los principios en que se sienta, plasmados tanto en la Constitución como en los tratados de DD.HH. suscritos por Colombia, las especificidades de su configuración son del fuero del legislador. Y en lo que concierne a su validez, ésta no se determinará porque respondan a un determinado patrón procedimental proveniente del Derecho comparado o de la doctrina, sino por su coherencia con los diferentes bienes constitucionales en juego, como son los derechos, libertades y garantías sustanciales del procesado (arts. 28, 29, 30 C.P., arts. 7° a 10° de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 14 y 15 del PIDCP) y de las víctimas (art. 250, num. 6° y 7° CP), la soberanía legislativa (art. 150, num. 2° CP) y los deberes del Estado de perseguir el delito (art. 250 inc. 1° CP) y asegurar la legalidad, al igual que la realización de los intereses de la sociedad (art. 277 CP).

82. Los anteriores supuestos explican por qué en nuestro sistema procesal penal se ha entendido conforme al orden superior, que el juez no sea un convidado de piedra en el proceso, sino que al contrario, a través de las diversas actuaciones cumpla con su función de dirigirlo hacia la finalidad común a todo juicio, a saber, alcanzar la justicia formal y sobre todo material. En este sentido, no sólo es quien está llamado a concretar el *ius puniendi* del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas.

Por esto, aunque se ha admitido, como manifestación del poder de libre configuración del legislador, que el juez de conocimiento tenga prohibida la posibilidad de decretar pruebas de oficio¹⁰⁵, también, por ello mismo, ha resultado legítimo y admisible que, en el esquema colombiano, a diferencia de otros países, pueda el juez adoptar un conjunto de medidas que, sin involucrar su imparcialidad, sí lo vinculen positivamente con los resultados del proceso, como forma de garantizar una correcta administración de justicia¹⁰⁶.

No se trata entonces de que el juez sea un árbitro absolutamente neutral e impassible ante no importa qué actuación de las partes del proceso, sino que al contrario el juez aparece como la “autoridad plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal”¹⁰⁷.

83. En lo que tiene que ver con el Ministerio público, su participación en el proceso dispuesta por el Constituyente es, como arriba se dijo, uno de los elementos estructurales del sistema procesal penal colombiano y en ese sentido, implica que el carácter acusatorio y adversarial no sea tal cual lo pretende el actor, conforme a un sistema puro que, a decir verdad, parece inexistente¹⁰⁸. Por ello, el legislador ha podido desarrollar un amplio catálogo

¹⁰⁵ De hecho en la sentencia que así lo declaró –la C-396 de 2007–, después de reconocer la constitucionalidad de la prohibición de pruebas de oficio por parte del juez de conocimiento, no dudó la Corte en señalar al mismo tiempo que “el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, **por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria**” (resaltado fuera de texto).

¹⁰⁶ Así, cuando conforme lo señaló la misma sentencia C-396 de 2007: “i) controla formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), ii) asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344), iii) puede contrainterrogar testigos (artículo 397), iv) ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), v) realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, vi) decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376) y, vii) realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º)”.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Vid. Lorena Bachmaier Winter (coord.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

de competencias de distinto orden, con las que se puedan realizar las funciones constitucionales previstas en el artículo 277 C.P.

84. Conforme a lo anterior, el juez y el Ministerio público pueden complementar el interrogatorio de testigos en el proceso, sin que resulte contrario al debido proceso, sino manifestación de la especificidad de nuestro orden procesal penal constitucional y también, mucho, del poder de libre configuración del legislador en esta materia.

85. Naturalmente, cosa que también se ha dicho, esta atribución no representa un poder absoluto, de modo que su ejercicio debe cohonstar con todos los demás bienes constitucionales. Así, retomando los criterios que debe atender la Corte constitucional a la hora de enjuiciar una norma jurídica de carácter legal sobre un asunto donde el legislador tiene amplio poder de configuración normativa, se encuentra que en lo regulado en el art. 398: a) La ordenación atiende los principios y fines del Estado, pues al habilitar al juez y al Ministerio público a formular preguntas que completen el cabal entendimiento del caso, es claro que se procura que la prueba testimonial revele de manera más diáfana, los hechos que se pretenden probar en el proceso, lo que a su vez representa un mejor comprensión de lo sucedido y mejores opciones para resolver con justicia. b) No atenta contra el debido proceso del acusado, ni contra los derechos de las víctimas, pues el cabal entendimiento del asunto, precisamente está aludiendo a conocer mejor lo sucedido, en términos de hechos, de responsabilidad y de daños causados. También porque la intervención del juez y del Ministerio público ocurre, una vez se han terminado los interrogatorios por las partes, es decir cuando ellas han agotado la oportunidad de formular las preguntas, según las reglas previstas en el C.P.P., en especial artículos 390 y siguientes. O sea que en caso de echar mano de esta facultad, no suplantando a las partes, no interrumpen la forma como cada una de ellas pretende construir la declaración del testigo. Su intervención, bien la del juez, bien la del Ministerio público, tiene como propósito lo que de manera clara establece el precepto, esto es, formular las preguntas complementarias que se estimen pertinentes para el cabal entendimiento del caso. c) Se trata, por demás, de una medida razonable y proporcional pues no supone una alteración radical ni siquiera significativa del principio de igualdad de armas, que ocurre en un momento oportuno, cuando el testigo está en la audiencia, con un objeto, el complementar la declaración, para una finalidad legítima cual es, como tantas veces se ha repetido, el cabal entendimiento del caso. d) Del mismo modo, facilita la realización material de los derechos y bienes jurídicos objetivos que interesan al proceso, pues con la autorización reconocida por el artículo 397 para el juez y el Ministerio público, lo que se busca no es otra cosa que mejorar esa aprehensión del caso por parte del juez de conocimiento y la capacidad de administrar justicia.

86. Tres puntos, sin embargo, deben precisarse:

- i) Sobre el objeto del interrogatorio hecho por el juez o el Ministerio público, el legislador dispuso que la intervención de éstos sería para “formular preguntas complementarias”. Esto debe significar justamente

eso, dar complemento, añadir a lo que se ha preguntado de parte y parte, para hacer íntegra y completa una declaración testimonial. Por ello ocurre una vez terminados los interrogatorios de las partes, pues sólo en este momento aquéllos pueden reconocer la información y precisión que falta en la declaración rendida frente a los hechos relevantes al proceso. Adicionalmente, su interpretación debe estar articulada con lo previsto en el art. 357 C.P.P, arriba analizado. En aquel precepto se reconoce al Ministerio público la excepcional atribución de solicitar una prueba por ser de esencial influencia para las resultas del caso. Se habla allí de una prueba *ex novo*, no contemplada por las partes. En este caso, se trata sólo del complemento a los interrogatorios formulados por ellas y así debe ser comprendido, aplicado y ejercido.

ii) La habilitación bajo análisis debe ser consecuente con los principios de la prueba en el proceso penal, a modo de garantizar la coherencia en el funcionamiento del sistema de normas de la Constitución y la ley. Porque al ser parte de una actuación procesal, las preguntas complementarias del juez o del Ministerio público deben ser respetuosas de los principios rectores y garantías procesales del C.P.P. (arts. 1-19), que a su vez reproducen derechos y principios constitucionales esenciales como son la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el *indubio pro reo*, la legalidad, la imparcialidad, la contradicción, la lealtad y la buena fe (arts. 1º, 2º, 13, 28, 29, 6, 84 CP). En el mismo orden, como parte de los elementos probatorios del proceso, las preguntas complementarias tienen que ser pertinentes (art. 375 C.P.P.), admisibles (art. 376 C.P.P.), formuladas públicamente, en presencia de las partes (art. 377 C.P.P.), quienes pueden contradecirlas y oponerse a ellas (art. 378 C.P.P). También deberán cumplir con las reglas sobre los interrogatorios establecidas, esto es, con la especificidad, claridad, respeto al testigo y pertinencia requeridas (art. 392 C.P.P.).

Y en lo que concierne al juez, además de enfatizar en la preservación de su imparcialidad objetiva y subjetiva como supuesto indiscutible de la administración de justicia en del Estado de Derecho (art. 13, 29, 229 CP), debe asegurar que sus preguntas complementarias sean claras y precisas y busquen que el interrogatorio sea leal y completo (art. 392, *in fine* C.P.P.)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Señalaba en este sentido con acierto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal en sentencia del 4 de febrero de 2009 (Proceso No. 29415): “(...) materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico./La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al

iii). En este mismo sentido, la expresión “cabal entendimiento del caso”, no puede entenderse como un concepto jurídico indeterminado, pues tal aserto lo que busca es que se pueda completar el interrogatorio, cuando de lo dicho por el testigo se aprecien elementos fácticos que las partes no hayan considerado suficientemente; se busca también que el juez o el Ministerio público pregunten a fin de completar, hacer más acabado el testimonio y por tanto, mas comprensible, inteligible el conocimiento del caso.

87. Conforme a los anteriores razonamientos y precisiones, el apartado acusado del artículo 397 del C.P.P. será declarado exequible.

3.7.4. El artículo 438 (parcial) del C.P.P.

88. El actor acusa la expresión “o evento similar” del artículo 438 del C.P.P., por cuanto estima que con ésta se abren las opciones para introducir en el proceso la Prueba de Referencia, con violación del debido proceso y dentro de él, de los principios de contradicción e inmediación del juez con la prueba y desconocimiento de las reglas de admisibilidad y pertinencia que deben reunir todos los medios probatorios obrantes en el proceso penal. Como ocurre con los demás preceptos, sólo el representante de la Universidad Nacional de Colombia acompaña al actor, mientras que los demás intervinientes y la Vista fiscal, encuentran la expresión del art. 438 del CPP, conforme a la Constitución.

89. Repasando los argumentos del actor, de nuevo la Corte encuentra que el cargo jurídico concreto y específico formulado, se centra en el hecho de que la excepcionalidad de la Prueba de Referencia, por sus implicaciones respecto de los principios de contradicción e inmediación, impide que se incluya una opción adicional no precisa, como la prevista en el art. 438, literal b). Por tanto, lo que se acusa es Que la otra posible razón para decretar una Prueba de Referencia, no esté determinada con claridad, lo que permite su uso frecuente y abusivo.

90. De conformidad con lo previsto en el art. 437 del CPP, son Pruebas de Referencia las declaraciones recibidas por fuera del debate oral, que a su vez se utilizan para acreditar o excluir elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación de la pena, la naturaleza y entidad del daño causado y cualquier otro asunto propio

litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contrargumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”.

del juicio oral, siempre que no sea posible su recaudo en condiciones de normalidad, esto es, ante el juez en la audiencia del juicio oral .

Ciertamente la Prueba de Referencia representa una delicada excepción a la regla general establecida en el C.P.P., pues va en contravía del principio de inmediación. También dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo¹¹⁰.

91. El actor, sin embargo, no demanda dicha modalidad de prueba en cuanto tal. Sólo acusa que una de las formas en que puede ser admitida como prueba del proceso, viola el principio de legalidad al cual debe someterse la figura.

Es decir que de nuevo la cuestión de relevancia constitucional que propone el actor, consiste en establecer si el procedimiento debe ser regulado por el legislador de modo tal, que no exista ninguna opción para que el juez defina elementos normativos del proceso y de las pruebas, como sería en este caso determinar si es admisible o no una Prueba de Referencia de un declarante que no puede comparecer al proceso, porque se encuentra en un “evento similar” al de secuestro o desaparición forzada.

92. Sobre este punto, aprecia la Corte que tal expresión, no obstante ofrecer una hipótesis indeterminada por la cual sea de recibo el testimonio de referencia, no supone que la excepción de este tipo de prueba sea la regla, ni vulnera el principio de legalidad.

93. En este caso, es evidente que es la semántica misma de la expresión la que servirá al operador jurídico para aplicar la hipótesis de manera acertada en los casos concretos. Porque al hablarse de un “evento similar”, se está diciendo que se trata de un acaecimiento o suceso, que debe tener semejanza o ser análogo a otro, es decir que debe tener atributos similares al secuestro o a la desaparición forzada. Es por tanto una expresión que permite introducir otras hipótesis no determinadas por el precepto, pero determinables.

Sobre este último particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal apuntaba sobre esta expresión¹¹¹:

“La norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares”.

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan

¹¹⁰ En este sentido, María Isabel Velayos Martínez. *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 88. También Ernesto Chiesa Aponte. *Derecho penal de Puerto Rico y Estados Unidos, vol I*. Bogotá, editorial Forum, 1995, pp. 408-409.

¹¹¹ Sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad.27477.

de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”.

“La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unguidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo”.

94. Por lo demás, la figura en general de la Prueba de Referencia se encuentra regulada a través de otros elementos normativos, los cuales también sirven para orientar al juez, en el proceso de aplicación de la expresión bajo estudio. Así cuando en el artículo 379 del CPP, se establece que por razón del principio de inmediación tan valioso al sistema penal de tendencia acusatoria, “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, señalando al final de modo expreso que la “admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”.

En adición, hay que tener en cuenta que no obstante la Prueba de Referencia sea admitida de manera excepcional, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba. Porque conforme a lo previsto en el artículo 381 CPP, un fallo condenatorio bajo ningún concepto se puede estructurar a partir de medios probatorios de tal naturaleza.

De otro lado, en el artículo 441 del CPP se han previsto dos ingredientes adicionales de control al uso de la misma: uno según el cual la admisión de la Prueba de Referencia debe cumplir en lo pertinente, con las reglas generales de la prueba sobre admisibilidad y apreciación; otro relativo a la posibilidad de cuestionar la credibilidad de la Prueba de Referencia por cualquier medio probatorio.

95. Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción,

permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza.

96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del CPP.

V. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los apartes acusados de los artículos 245, 362, 415 y 450 del CPP, por ineptitud sustancial de la demanda.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen”, contemplada en el art. 17 del CPP.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”, del artículo 454 del CPP.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código”, del artículo 112 del C.P.P.

Quinto: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”, del artículo 357 del C.P.P.

Sexto: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357”, contemplada en el art. 374 del CPP.

Séptimo: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la proposición normativa “Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”, del artículo 397 del CPP.

Octavo: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, la expresión “o evento similar”, prevista en el literal b del artículo 438 del CPP.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Presidente

Impedimento aceptado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General