



# Sentencia 425 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-425/08

Referencia: expediente D-6948

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 18, 21, 24, 25, 26, 30 y 32 (todos parcialmente) de la Ley 1142 de 2007 "Por la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana".

Actores: Carlos Felipe Sánchez Lugo y otros

[Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-536 de 2008](#)

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

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

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Carlos Felipe Sánchez Lugo, Jairo Ardila Espinosa y Alberto José Prieto demandaron, como pretensión principal, la totalidad de la Ley 1142 de 2007 y, como pretensión subsidiaria, apartes de los artículos 2º, 4º, 18, 21, 24, 25, 26, 30 y 32, en su totalidad, de la Ley 1142 de 2007 "Por la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana"

Mediante auto del 19 de septiembre de 2006, el Magistrado Ponente resolvió inadmitir la demanda en relación con los cargos dirigidos contra algunos apartes de los artículos 2º, numeral 3º, incisos 1º y 2º; 21, 24, 25 y 30 de la Ley 1142 de 2007, para lo cual concedió tres días para su corrección. Así mismo, resolvió admitir la demanda contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007 y contra los apartes impugnados de los artículos 4º, 18, 26 y 27 y la totalidad del artículo 32 de la misma normativa.

En vista de que los demandantes no corrigieron la demanda, mediante auto del 4 de octubre de 2007, el Magistrado Ponente resolvió rechazar la demanda en relación con los apartes impugnados de los artículos 2º, numeral 3º, incisos 1º y 2º; 21, 24, 25 y 30 de la Ley 1142 de 2007.

En consecuencia, el trámite continuó respecto de los reproches formulados contra las normas admitidas en su oportunidad legal, para lo cual se ordenó ordenar la fijación en lista, el traslado al Procurador, comunicar el proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Congreso de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia e invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

### 1. Normas demandadas

En lo admitido, la demanda se dirige a cuestionar, en primer lugar, el proceso de formación de la Ley 1142 de 2007 y, en segundo lugar, algunos apartes contenidos en los artículos 4º, 18, 26, 27 y 32, en su totalidad, de la misma normativa. A continuación se transcribe la totalidad de las disposiciones acusadas que serán objeto de análisis de esta Corporación, pero se subrayan y resaltan los apartes demandados:

LEY 1142 DE 2007

(junio 28)

Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

(...)

**ARTÍCULO 4o.** El artículo 74 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Delitos que requieren querella. Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable o la persona haya sido capturada en flagrancia:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.
2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 10 y 20); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 10); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días (C. P. artículo 120); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246); emisión y transferencia ilegal de cheques de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 248); abuso de confianza de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 255); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); daño en bien ajeno de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 265); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C.P. artículo 445)".

**ARTÍCULO 18.** El artículo 289 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

**Formalidades.** La formulación de la imputación se cumplirá con la presencia del imputado o su defensor, ya sea de confianza o, a falta de este, el que fuere designado por el sistema nacional de defensoría pública.

**PARÁGRAFO 1o.** Ante el juez de control de garantías, el fiscal podrá legalizar la captura, formular imputación, solicitar imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que considere procedentes, con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública, cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material. En este caso, la posibilidad de allanarse a la imputación se mantendrá hasta cuando la persona haya recobrado la conciencia, con el mismo descuento punitivo indicado en el inciso 1º del artículo 351 de este código.

**PARÁGRAFO 2o.** Cuando el capturado se encuentre recluido en clínica u hospital, pero consciente y en estado de salud que le permita ejercer su defensa material, el juez de control de garantías, a solicitud del fiscal, se trasladará hasta ese lugar para los efectos de la legalización de captura, la formulación de la imputación y la respuesta a las demás solicitudes de las partes.

**PARÁGRAFO 3o.** En aquellos eventos en los cuales por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no sea posible dentro del término de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura, trasladar a la persona aprehendida ante el juez de control de garantías, dentro del mismo término, deberá legalizarse su captura con la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos por los cuales se imposibilitó el traslado y el compromiso de presentarlo tan pronto sean superadas las dificultades. El fiscal asumirá las responsabilidades penales y disciplinarias que correspondan en caso de faltar a la verdad. A esta audiencia asistirá el defensor de confianza o en su defecto el que sea designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública y el Ministerio Público. La Fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento. La persona aprehendida tendrá la posibilidad de allanarse a la imputación hasta cuando sea posible para la Fiscalía presentarlo físicamente ante el juez, con el mismo descuento punitivo indicado en el inciso 1o del artículo 351 de este código".

**ARTÍCULO 26.** "El artículo 313 de la Ley 906 de 2004, tendrá un cuarto numeral que quedará así:

Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir

de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente".

**ARTÍCULO 27.** "El artículo 314 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.
2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.
4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5.

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez.

El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del Inpec, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.

**PARÁGRAFO.** No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1o y 3o); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la recepción para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, recepción sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2o)".

**ARTÍCULO 32.** "La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así:

Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores".

**2. La demanda**

Como pretensión principal, los actores solicitaron la declaratoria de inexequibilidad de toda la Ley 1142 de 2007, pues consideran que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 2002, las reformas o ajustes al sistema penal acusatorio deben hacerse previo seguimiento de la comisión creada por esa disposición. Pese a ello, la Fiscalía General de la Nación radicó el proyecto de ley que finalizó con la normativa que ahora se demanda sin que se hubiere oído el concepto de la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio, el cual era especialmente necesario porque el nuevo procedimiento no había entrado a regir en todo el país.

De otra parte, los actores dijeron que el artículo 4º (parcial) de la Ley 1142 de 2007, según el cual no se requiere la querella para iniciar el proceso penal cuando el sujeto activo ha sido capturado en flagrancia, es contrario a los artículos 16 y 29 de la Constitución, en tanto que la naturaleza jurídica de los delitos querellables exige que sea el sujeto pasivo quien determina si dispone o no de la acción penal, por lo que "no

puede ser suplantado por el ente Estatal, como lo pretende la norma demandada". Dicho de otro modo, para los demandantes, en los delitos cuya naturaleza es querellable, el legislador no puede excluir la petición de parte por el solo hecho de que sus autores sean sorprendidos en flagrancia. Así, concluyen que, de acuerdo con la expresión acusada, una situación posterior al delito (la captura en flagrancia) impediría que se apliquen figuras propias de la querella, tales como el desistimiento o la caducidad, por lo que se violan las formas propias de cada juicio.

En relación con el artículo 18, párrafos 1º y 3º, de la Ley 1142 de 2007, los demandantes los consideran contrarios a los artículos 1º, 29 y 32 de la Constitución, 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su juicio, el parágrafo 1º viola la dignidad de quien se encuentra en estado de inconsciencia, por cuanto lo utiliza como un instrumento para lograr la aparente eficiencia penal y lo irrespeto en un momento en que no puede convertirse en sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, los actores consideran que ese parágrafo desconoce el derecho de defensa, de un lado, porque es ambiguo y confuso y, de otro, porque el estado en que se encuentra el investigado le impide nombrar un abogado de confianza y, con ello, le es imposible mostrarle al juez las razones que evitarían medidas de aseguramiento o decisiones que posteriormente limitarían sus derechos fundamentales. Los demandantes también manifestaron que el hecho de permitir que la investigación continúe con una persona que se encuentra en estado de inconsciencia hace que ella no pueda presentar elementos materiales de prueba y los elementos de juicio pertinentes para su defensa. De hecho, a su juicio, el poner a disposición del juez competente de manera inmediata a la persona aprehendida, tal y como lo prevé la Constitución, simplemente muestra que la presencia física de esa persona es fundamental para el ejercicio de su derecho de defensa.

En cuanto al parágrafo 3º de la Ley 1142 de 2007, los actores dijeron que esa norma podría interpretarse en el sentido de que el control de legalidad de la captura podría realizarse después de las 36 horas siguientes a la aprehensión, lo cual resulta manifiestamente contrario al artículo 28 de la Carta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no admite excepciones porque se trata de una regla imperativa de obligatoria observancia.

Respecto del artículo 26 (parcial) de la Ley 1142 de 2007, la demanda sostiene que es contrario al preámbulo y a los artículos 1º, 28, 29 y 250 de la Constitución. Los demandantes consideran que el numeral 4º del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, introducido por el artículo 26, consagra "de manera ambigua, genérica y abstracta una cláusula innominada de afectación ilegítima del debido proceso por vulneración de la presunción de inocencia, afectando el núcleo esencial del derecho a la libertad personal", por cuanto al señalar como requisito de procedencia legal para imponer la detención preventiva el hecho de que se haya detenido a la persona dentro del año inmediatamente anterior, implica señalar una causa fortuita que afecta desproporcionada y excesivamente su derecho a la libertad. De igual forma, los actores dijeron que la disposición acusada vulnera la presunción de inocencia, en tanto que la sola existencia de una captura por delito o contravención no lo hace responsable del hecho investigado. Incluso, a su juicio, la norma no tiene en cuenta ni siquiera que la captura haya sido declarada ilegal, o que no se haya concretado la imputación, o que el proceso anterior donde hubo captura y posteriormente se hubiere dejado en libertad al imputado no hubiere terminado.

En cuanto al parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, la demanda sostiene que es contrario a los artículos 1º, 2º, 13, 28 y 250 de la Constitución, 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para sustentar su posición, los demandantes dijeron que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional, la libertad de configuración normativa del legislador no puede ser entendida como una facultad enteramente discrecional, por lo que, bajo ningún punto, puede afectar el núcleo esencial del derecho a la libertad al señalar medidas desproporcionadas o irrazonables. Entonces, cuando el legislador establece la prohibición de sustituir la detención preventiva carcelaria por la domiciliaria para un catálogo de delitos, sin atender los fines constitucionales y la dignidad humana, "amarra" al juez de control de garantías y lo hace "un mero espectador u operador de normas, en clara contravía con el principio constitucional de la separación de poderes y colaboración armónica entre los poderes públicos". Finalmente, los actores consideraron que, en este caso, la Corte debe reiterar la tesis expuesta en las sentencias C-327 de 1997 y C-774 de 2001 y concluir que "esta clase de fórmulas cerradas que prohibían la libertad o la excarcelación por determinada clase de delincuencia, al capricho del legislador" fueron declaradas inexequibles.

Finalmente, en lo que hace referencia al artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, la demanda dijo que es contrario a los artículos 13 y 29 de la Constitución. Según su criterio, el hecho de que una persona hubiere sido condenada dentro de los 5 años anteriores a una nueva condena no constituye un motivo suficiente para que la ley los excluya de beneficios y subrogados, pues se trata de una doble sanción por una misma causa que, en sentido estricto, se fundamenta en el peligrosismo de la persona condenada penalmente. De hecho, esa disposición resulta abiertamente irrazonable frente a personas en situación de debilidad manifiesta como madres cabeza de familia, enfermos o mujeres que dan a luz en la cárcel que deben permanecer en el centro carcelario por la sola circunstancia de tener una condena previa.

### 3. Intervenciones

#### 3.1. Fiscalía General de la Nación

Dentro de la oportunidad legal prevista, el doctor Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación (E), intervino en el proceso para manifestar su oposición a la demanda, en resumen, por lo siguiente:

En primer lugar, el interviniente pidió que la Corte se declare inhibida para conocer el fondo de la demanda formulada contra el artículo 4º de la Ley 1142 de 2004, por ineptitud del cargo en tanto que no fue específico ni pertinente al señalar los motivos por los que considera que esa norma es contraria a la Constitución. De todas maneras, en caso de que esta Corporación considere que el cargo es apto, solicitó que se declare su exequibilidad porque la disposición acusada se limita a concretar la libertad de configuración normativa que tiene el Congreso para tipificar como delitos las conductas que atentan o ponen en peligro bienes jurídicos y a disponer que el ejercicio de la acción penal frente a determinados

delitos se encuentre subordinado a la presentación de la querella.

Además de lo anterior, la Fiscalía dijo que el concepto positivo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para acceder a los efectos de la querella en los delitos de violencia intrafamiliar no puede entenderse como una intromisión indebida del poder ejecutivo en la administración de justicia, pues el legislador simplemente quiso que el órgano estatal especializado en esos temas analice el entorno familiar del autor y se evite que los efectos preclusivos de la querella se presenten en detrimento de la seguridad de las víctimas. De igual manera, concluyó que "no existe una sola disposición en la Constitución Política que establezca, o de la que pueda desprenderse, que determinadas conductas punibles necesariamente requieren querella de parte como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, hallándose tal determinación dentro del ámbito de la libertad de configuración del legislador".

En cuanto a los reproches formulados contra el primer párrafo del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, la Fiscalía General de la Nación solicitó su declaratoria de exequibilidad porque, contrario a lo dicho por los actores, la norma no permite que el imputado sea "juzgado" en estado de inconsciencia, pues no debe olvidarse que en la etapa de la investigación no existe debate probatorio ni contradicción de pruebas, por lo que la norma acusada solamente pretende que el capturado sea informado de su situación jurídica y que "no quede en el limbo". De otra parte, en relación con el párrafo 3º de la norma objeto de análisis, el interveniente considera que es suficientemente clara para aplicar el habeas corpus cuando una persona es retenida y no se ha legalizado la captura dentro de las 36 horas siguientes cuando no hay justificación (imposibilidad absoluta) para no haberlo puesto a disposición del juez de control de garantías.

De otra parte, el interveniente también solicitó la declaratoria de exequibilidad del artículo 26 (parcial) de la Ley 1142 de 2007, en consideración con tres argumentos. El primero, porque, como lo ha advertido la Corte Constitucional en varias oportunidades, la finalidad preventiva de las medidas cautelares no desconoce la presunción de inocencia del imputado. El segundo, por cuanto la disposición acusada no establece una medida automática (cuando hubiere sido aprehendido en una situación anterior), sino que establece un presupuesto objetivo, "de tal forma que para que se decrete la detención preventiva debe concurrir, además, evidencia de la que razonablemente se infiera que el imputado intervino en la comisión de la conducta punible (requisito probatorio) y la medida debe mostrarse necesaria para proteger a la víctima, a la sociedad o evitar que el investigado eluda la acción de la justicia (requisito teleológico)". Y, el tercer argumento: la lectura sistemática del artículo 26 en comento muestra que la captura anterior y por hechos distintos a los que originan nueva decisión judicial, a la que hace referencia la norma, es la decretada en forma legal, pues lo contrario implicaría aceptar que una actuación ilícita de la administración de justicia tenga consecuencias válidas.

En cuanto a los reproches formulados contra el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, en primer lugar la Fiscalía advirtió que reitera los argumentos expuestos en la demanda D-6941, en la que adujo que el legislador está facultado para restringir la aplicación de figuras como la prisión domiciliaria, sin que ello implique afectación de la dignidad humana. Para el efecto, solicitó que la Corte reitere lo expuesto en sentencia C-106 de 1994, al decidir la exequibilidad del artículo 388, inciso 2º, del Decreto 2700 de 1991, que disponía como única medida de aseguramiento la detención en establecimiento carcelario para los delitos de competencia de los jueces especializados.

Finalmente, respecto del reproche formulado contra el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, la Fiscalía General de la Nación dijo que el cargo es inepto porque el demandante no explica las razones por las que considera que la reincidencia en el delito no es un factor suficiente para establecer el trato diferenciado. En todo caso, solicitó que la Corte reitere lo dicho en sentencia C-762 de 2002 cuando afirmó que la exclusión de beneficios y subrogados penales hace parte de la libertad de configuración del legislador en desarrollo de la política criminal del Estado y que, ante la gravedad del delito o por las circunstancias personales del delincuente, es razonable que no procedan los beneficios punitivos consagrados en el ordenamiento penal.

### 3.2. Ministerio del Interior y de Justicia

Dentro de la oportunidad legal prevista, el Director del Ordenamiento Jurídico del Ministerio referido intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda y solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas, por las siguientes razones:

Respecto de la pretensión principal de la demanda, esto es, de declarar la inexequibilidad de todo el texto de la Ley 1142 de 2007, el interveniente consideró que "no tiene soporte alguno", en tanto que el legislador no modificó el núcleo del sistema procesal acusatorio sino que se limitó a cambiar algunos aspectos para que "los tipos penales cumplieran el anhelo social de seguridad ciudadana". Al respecto, citó algunos apartes de la exposición de motivos del proyecto de ley en el que consta que el gobierno y la Fiscalía General de la Nación realizaron una evaluación de las normas y observaron la necesidad de "realizar algunos ajustes" para lograr la eficiencia del sistema penal y la defensa de los derechos ciudadanos y de los fines del Estado.

Respecto del artículo 4º de la Ley 1142 de 2007, el Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que, contrario a lo dicho por los demandantes, por regla general la investigación de los hechos delictivos debe ser de oficio y sólo en los casos expresamente señalados por el legislador corresponderá a petición de parte, pues al Estado corresponde la protección de las personas en su vida, honra y bienes y de la comunidad en general para la defensa de la convivencia ciudadana. Por esa razón, el legislador consideró necesario iniciar la investigación de oficio en casos en los que se considera de especial gravedad, tales como la afectación de los derechos a personas especialmente vulnerables, tales como los niños, niñas, adolescentes, mujeres y cuando la persona ha sido capturada en flagrancia.

De otra parte, el interveniente dijo que los párrafos 1º y 3º del artículo 18 de ley 1142 de 2007 no deben ser interpretados en forma aislada, por lo que al revisar esas disposiciones en su conjunto se debe concluir que otorgan todas las garantías al imputado, porque todas las decisiones que afectan sus derechos no pueden adoptarse sin su consentimiento.

En cuanto al artículo 26 demandado, el Ministerio de la referencia dijo que, contrario a lo expuesto por los demandantes, para que el juez de control de garantías pueda decretar la detención preventiva debe verificar la existencia de todos los requisitos que señala la ley para el efecto. Pero, además, con esa disposición se pretende brindar mayores herramientas a los operadores judiciales para encontrar la verdad, evitar "la burla" de la acción penal y proteger a los sujetos pasivos de los delitos.

En este mismo orden de ideas, el interveniente considera que el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 parcialmente acusado, no vulnera la Constitución por varias razones. La primera, porque, tal y como se evidencia en la exposición de motivos del proyecto de ley, la detención preventiva debe ser excepcional, necesaria, racional y debe someterse a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado. Por ello, es claro que la interpretación que de esa norma hacen los demandantes es equivocada. La segunda, porque la disposición acusada se fundamenta en la cláusula general de competencia que el artículo 150 de la Carta atribuye al legislador que le permite evaluar el grado de afectación del delito respecto de los derechos de la víctima y de la sociedad. La tercera, la norma acusada pretende dotar al aparato judicial de herramientas suficientes para resolver los casos con criterios de justicia y equidad y, al mismo tiempo, brindarle a la víctima "una relativa sensación de protección y de tranquilidad en cuanto se asegura que no está expuesta a nuevas acciones de la persona sobre la cual existen mayores razones para considerar que se encuentra vinculada a la conducta que ha vulnerado sus derechos". La cuarta razón: ante la gravedad de las conductas que se describen en esta disposición, el legislador buscó conciliar "teorías reconocidas por la Corte Constitucional" conforme a las cuales la libertad de configuración normativa del legislador encuentra su límite en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, por lo cual pretende preservar la dignidad humana y diferenciar las conductas delictivas con base en su gravedad y afectación de los bienes jurídicamente tutelados. Y, para terminar, el interveniente dijo que, tal y como lo señalan las sentencias C-425 de 1997 y C-634 de 2000, la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria es una alternativa que el Estado cuenta no para sancionar al procesado -porque no se hacen juicios respecto de la responsabilidad definitiva del indiciado-, sino para garantizar la eficacia de los derechos constitucionales en tensión.

Finalmente, respecto del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, el Ministerio del Interior y de Justicia dijo que se ajusta a los mandatos constitucionales porque busca que se cumplan en su totalidad las penas impuestas cuando se trata de delitos cometidos contra niños y adolescentes, en los delitos de tráfico de estupefacientes, extorsiones y otros de mayor gravedad, con lo que se intenta combatir la "sensación de falta de eficacia de la administración de justicia, de impunidad y de inseguridad ciudadana".

### 3.3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Dentro de la oportunidad legal prevista, por encargo del Vicepresidente Académico de dicha Academia, el doctor Fernando Arboleda Ripoll intervino en el proceso para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas parcialmente acusadas, por las siguientes razones:

En cuanto a la pretensión principal, el interveniente manifestó que los actores confunden las funciones que el Acto Legislativo 03 de 2002 atribuyó a una comisión para presentar proyectos de ley antes del 20 de julio de 2003 con la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio, la cual tiene como objetivo analizar la implementación gradual y la verificación de que el sistema entró a operar dentro de los plazos y zonas señaladas en el país, pero nunca pudo atribuirse funciones de limitación al ejercicio de la iniciativa legislativa para evaluar los ajustes al proceso penal, pues ello resultaría contrario a los principios y valores constitucionales que suponen el control de constitucionalidad posterior de la ley en cabeza de la Corte Constitucional. En consecuencia, la verificación de esta comisión no puede ser tenida como condición de validez de la ley.

En relación con los reproches formulados contra el artículo 4º de la Ley 1142 de 2007, el interveniente manifestó que los demandantes parten de una diferencia ontológica entre el delito querellable y el perseguido de oficio que no es cierta, puesto que, como lo ha advertido la jurisprudencia y la doctrina, entre esos delitos no hay diferencia desde el punto de vista de la infracción o del injusto, sino que la distinción surge de la política criminal que evalúa el legislador. De igual modo, dijo que la racionalidad y proporcionalidad de la ley que constituye el límite a la libertad de configuración del legislador "no se ven afectadas". Y, por el contrario, esa disposición busca "apaciguar la sensación de desprotección colectiva" o confirmar la confianza en la norma infringida porque desde el punto de vista de la percepción pública, "genera gran alarma que quien haya sido aprehendido en el momento mismo de cometer el delito, sea inmediatamente puesto en libertad", lo cual se ajusta a la finalidad del derecho penal y al marco de justicia y racionalidad en el caso concreto.

El interveniente tampoco considera contrario a la Constitución el primer párrafo del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, por dos motivos. En cuanto es válido que el legislador privilegie la defensa técnica sobre la que se ha denominado defensa material, pues el primero es el garante de los derechos del indiciado ausente y por lo mismo se le exige el máximo de su esfuerzo para sacar adelante los intereses que defiende. De igual manera, considera que al juez de control de garantías también corresponde velar por el respeto de los derechos del imputado, en especial, si está ausente por razones ajenas a su voluntad. De otra parte, recordó que en las audiencias preliminares no existe la posibilidad de controvertir, descubrir o presentar pruebas, por lo que la ausencia del imputado en las diligencias preliminares no afecta sus derechos fundamentales.

En relación con el tercer párrafo del artículo objeto de análisis, la Academia Colombiana de Jurisprudencia adujo que a pesar de que es indiscutible que la presencia física del implicado es fundamental para el cumplimiento de las funciones del proceso, también es lógico que en "eventos extraordinarios" derivados de "factores externos" que impiden el traslado de los capturados dentro del término señalado en la Constitución y la ley, como son los casos regulados por la norma acusada, es razonable la ponderación que hace el legislador porque pretende que en una situación excepcional no se desconozcan los derechos del indiciado y el cumplimiento de los deberes propios de la función pública. De igual modo dijo que la interpretación que hace el demandante de la disposición acusada respecto de la posible ampliación del término para legalizar la captura es equivocada, pero que si hubiere lugar a ese error "bien valdría la pena que la Corte hiciera esa precisión, como también la que correspondería respecto de la responsabilidad del fiscal, la cual no sólo debe ser por faltar a la verdad en relación con los motivos por los

que la actuación no puede llevarse a cabo en condiciones regulares, sino también cuando habiendo desaparecido unos tales motivos, el capturado no es presentado inmediatamente ante el juez de control de garantías".

Respecto del reproche formulado contra el artículo 26 de la Ley 1142 de 2007, el interviniente dijo que la detención preventiva debe ordenarse teniendo en cuenta el conjunto de instrumentos a que hace referencia la ley y no solamente con base en la circunstancia que está regulada en la norma acusada. Por ello, no contradice la Constitución el hecho de que el juez tenga en cuenta para tomar su decisión la situación de que el imputado hubiere sido capturado con anterioridad, con mayor razón si se tiene en cuenta la transitoriedad de la medida cautelar y el término que tiene el Estado para resolver la situación jurídica del imputado.

Finalmente, en relación con los artículos 27 y 32 de la Ley 1142 de 2007, la Academia Colombiana de Jurisprudencia manifestó que no encuentra desbordamiento de la proporcionalidad y razonabilidad legislativa y que, por el contrario, se justifican por razones de lealtad y disciplina en el proceso.

#### **3.4. Instituto Colombiano de Derecho Procesal**

En respuesta a la invitación formulada por el Magistrado Ponente y por encargo del Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, el doctor Mauricio Pava Lugo intervino en el proceso para expresar las razones por las que considera que la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada del artículo 18, parágrafo 1º, de la Ley 1142 de 2007 y la inexequibilidad de los apartes demandados contenidos en los artículos 4º, 18 (parágrafo 3º), 26, 27 y 32 de la misma ley. Los argumentos centrales de la intervención se resumen así:

A manera de introducción, el interviniente recordó que si bien es cierto el Estado es el titular del ius persequendi y el ius puniendi, que son mecanismos legítimos que permiten la restricción legal de derechos ciudadanos, no lo es menos que dicha facultad se encuentra limitada por la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, la cual no podrá sustentarse, en el contexto del Estado Social de Derecho, en la mera eficiencia judicial y el efficientismo estatal. Luego, a su juicio, la limitación de los derechos sólo tiene sustento superior en la medida en que ésta represente el ejercicio de garantías constitucionales.

En relación con el aparte normativo del artículo 4º impugnado, el Instituto dijo que, de acuerdo con la doctrina, los actos querellables son aquellos disponibles por el titular del bien jurídico y por ello la protección estatal que de ellos se haga depende de él. A su turno, la captura en flagrancia es una situación de índole procesal con efectos probatorios, por lo que es irrelevante la gravedad del bien jurídico afectado con la conducta del capturado, pues en nuestro sistema constitucional es claro que se trata de "un derecho penal de acto" y, por ende, es el acto el que se juzga. Así las cosas, concluye el interviniente que la norma acusada es inexequible porque "excluir la necesidad de la querella en los eventos de flagrancia, conduciría a que nos abstrajéramos del principio de acto constitucionalmente reconocido, atribuyéndole otras consideraciones ausentes al acto mismo".

En cuanto al primer párrafo del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, el interviniente citó apartes de las sentencias C-591 de 2005, C-627 de 1996, C-657 de 1996, C-100 de 2003, C-248 de 2004 a partir de lo cual concluyó que si bien es cierto la regla general es la presencia física del investigado o el imputado en el proceso penal, es válido constitucionalmente que se inicie la acción penal sin presencia del procesado y se adelanten juicios en su ausencia, siempre y cuando sea excepcional, se intensifique la protección del derecho de defensa y las garantías procesales que corresponde salvaguardar a los jueces competentes y se asigne abogado defensor, todo con el fin de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia. En este sentido dijo que la jurisprudencia constitucional debe mantenerse porque resulta acorde con las nuevas disposiciones superiores que regulan el sistema penal acusatorio y con la doctrina imperante en el derecho comparado, tal y como la efectuada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el asunto Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo y por la Corte Suprema Federal Norteamericana en los casos Illinois vs. Allen y Maryland vs. Bussman. De todas maneras, hizo énfasis en la necesidad de que el juez de control de garantías verifique que a pesar de que se desplegaron todos los esfuerzos tendientes a lograr la localización del sindicado y que se seguirá intentando, ésta no se pudo hacer.

No obstante lo anterior, el interviniente considera que en relación con la continuación del proceso cuando el capturado se encuentra en estado de inconsciencia y su estado le impide el discernimiento, para ponderar las garantías que la Constitución le otorga al sindicado y la de eficiencia de la administración de justicia es necesario que la Corte condicione la exequibilidad del primer párrafo del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que "la Fiscalía General de la Nación estaría facultada para legalizar la captura, formular imputación e imponer medida de aseguramiento pero habría de suspenderse la actuación hasta tanto el ciudadano esté en condiciones de hacerse presente en el juicio oral o en las etapas subsiguientes", pues según lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el juicio no tiene validez si el acusado privado de la libertad no se encuentra presente, a menos que él no quiera concurrir.

Respecto del párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal dijo que el artículo 250, numeral 1º, de la Constitución es enfático en señalar el término máximo de 36 horas para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado, por lo que cualquier disposición que amplíe el término es inconstitucional. Por esa razón, solicita el retiro del ordenamiento jurídico del aparte normativo acusado.

En relación con los artículos 26, 27 y 32 de la Ley 1142 de 2007, el Instituto considera que son inconstitucionales por tres motivos. El primero, porque excluir de beneficios por hechos sucedidos 5 años atrás, o impedir una medida de aseguramiento favorable porque hubo captura anterior o porque se trata de unos delitos específicos, se impone al operador jurídico la evaluación de condiciones ajenas al "acto" objeto de juzgamiento, lo cual es contrario al Estado Social de Derecho. El segundo, porque contradice la línea jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001, según la cual las medidas de privación de la libertad personal indiscriminada, general y automática, son contrarias a la

presunción de inocencia del investigado. Y, el tercero, porque las normas desconocen que el sistema penal acusatorio parte del supuesto de que la restricción de la libertad preventiva es excepcionalísima y que sólo procede en casos de necesidad comprobada, por lo que las reglas que operan como presunciones de pleno derecho o como premisas que invierten la excepcionalidad, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón, intervino dentro de la oportunidad procesal prevista, con el fin de solicitar que la Corte resuelva: i) declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre el cargo formulado contra el artículo 27, párrafo, y la totalidad de la Ley 1142 de 2007, por ineptitud sustantiva de la demanda; ii) declarar inexequibles los párrafos 1º y 3º del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007 y, iii) declarar exequibles los artículos 4º, 26 y 32 de la ley 1142 de 2007, en lo acusado y en relación con los cargos examinados.

En primer lugar, el Ministerio Público recordó los requisitos de certeza, claridad, especificidad y pertinencia que la jurisprudencia constitucional ha señalado al interpretar el concepto de cargo para las demandas de inconstitucionalidad, señalado en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Con base en ello, concluyó que el cargo formulado contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007 es inepto porque se fundamenta en la interpretación particular y errada que el actor hace del alcance del artículo 4º del Acto Legislativo 03 de 2002, como quiera que el sentido de la norma superior es conformar una comisión para que el legislador pueda evaluar los resultados de la ley, pero de ninguna manera restringe la facultad de la Fiscalía de presentar proyectos de ley en materia penal. Por consiguiente, dicha censura resulta impertinente y procede la inhibición de la Corte.

De igual manera, el Procurador dijo que la Corte tampoco puede pronunciarse de fondo respecto del cargo formulado contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 1142 de 2007, por cuanto su fundamentación no es clara ni suficiente, en tanto que se limita a señalar que la prohibición allí señalada atenta la dignidad humana y el derecho a la libertad.

En cuanto a los reproches formulados contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 1142 de 2007, la Vista Fiscal refiere 4 argumentos con base en los cuales considera que la Corte debe declarar su exequibilidad, a saber: i) el carácter querellable del delito depende de la política criminal que determina el legislador dentro de su libertad de configuración normativa del debido proceso penal; ii) el hecho de que la acción se inicie de oficio no implica que sean inaplicables las figuras del desistimiento o los mecanismos de justicia restaurativa y, a pesar de que es cierto que no operaría la caducidad para la interposición de la querella, esta situación no afecta el debido proceso porque "ésta no es una prerrogativa constitucional ni mucho menos fundamental para el procesado"; iii) no existe derecho constitucional a iniciar la acción penal cuando se está frente a algunos delitos señalados por el legislador como querellables y, iv) es razonable que en situaciones de flagrancia se imponga el deber estatal de adelantar la acción penal para hacer respetar los derechos de la comunidad y la vigencia del orden justo.

De otra parte, el Procurador considera que el párrafo 1º del artículo 18 de la Ley 1142 de 2004, debe ser declarado inexequible, por tres motivos. El primero, porque el hecho de que se permita avanzar en la investigación, formular cargos e imponer medidas restrictivas de la libertad cuando el sindicado se encuentra en estado de inconsciencia vulnera el derecho a la defensa material y técnica consagrado en los artículos 29 de la Constitución, 8º, numeral 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, numeral 3, ordinal d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según los cuales durante el proceso toda persona acusada tendrá derecho a hallarse presente y a defenderse en forma asistida. Entonces, la circunstancia ajena a la voluntad del imputado de encontrarse inconsciente le impide ejercer su defensa material para direccional la misma. El segundo, porque la ausencia de capacidad de defensa material implica violación del principio de dignidad humana, en tanto que se ignora que el imputado es sujeto de derechos que deben ser garantizados en el proceso penal y se le impone el poder punitivo estatal a pesar de ser "parte inerte", lo cual, además, desconoce el principio de equilibrio entre las partes. Finalmente, el Ministerio Público afirmó que la expresión "o se encuentre en estado de salud que le impida ejercer su defensa material" contenida en el primer párrafo acusado viola el principio de legalidad porque es indeterminada y "deja un espacio muy amplio al funcionario judicial para establecer cuándo es imperiosa la presencia del procesado privado de la libertad para formularle la imputación y cuándo no"

De otra parte, a juicio del Ministerio Público, el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2004, también debe ser declarado inexequible porque desconoce "frontal y evidentemente" el artículo 28 de la Constitución, pues esa disposición no establece excepciones al deber de poner al capturado a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes y, por el contrario, el legislador consagra un tiempo indefinido para legalizar la captura. De hecho, en sentencia C-251 de 2002, la Corte Constitucional ya dijo que, en aplicación de los tratados internacionales que vinculan al Estado Colombiano, "es imprescindible hacer entrega material del retenido dentro del término de 36 horas siguientes a la aprehensión".

También en relación con el artículo 18, párrafo 3º, de la Ley 1142 de 2004, el Procurador dijo que, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 3 de 2002, el fiscal no puede ejercer el control de legalidad de la captura, aunque sea transitoriamente, lo cual es autorizado por la norma demandada, puesto que el artículo 250 superior es claro en señalar que el único funcionario autorizado para ese efecto es el juez de control de garantías, quien realizará el control en el término máximo de 36 horas siguientes a la aprehensión. Pero, además, si se tiene en cuenta que, a juicio del Ministerio Público, es manifiesta la vaguedad y ambigüedad de las circunstancias que permiten desconocer el término máximo para legalizar la captura, cualquier circunstancia como el alto tráfico vehicular, una falla mecánica del automóvil o la distancia en la que se encontraba el aprehendido, pues no se debe olvidar que los jueces de control de garantías deben laborar en todos los municipios y a cualquier hora, permitirían desconocer una regla constitucional enfática y contundente: la legalización de la captura en un término máximo de 36 horas.

A su turno, respecto del artículo 26 de la Ley 1142 de 2007, el Ministerio Público concluyó que se ajusta a la Constitución, por dos razones. La primera, porque el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal es claro en señalar cuáles son las circunstancias objetivas que dan lugar a

ordenar la detención preventiva, por lo que si no se reúnen los presupuestos señalados en el artículo 308 ibídem, no es viable imponer la detención preventiva en establecimiento carcelario ni ninguna otra medida de aseguramiento. De ahí que esa norma no resulte contraria al derecho al debido proceso. La segunda, porque la norma no fundamenta la detención preventiva en el hecho constitutivo de delito o contravención que dio lugar a la anterior captura, sino en circunstancias objetivas de haber sido señalado como posible autor de una infracción a la ley. Sin embargo, precisa, de un lado, que una captura ilegal no puede servir de fundamento para la detención preventiva y, de otro, que tampoco puede presentarse la eventualidad de una captura administrativa, en tanto que la aprehensión debe producirse en razón de un delito o contravención, "razón por la cual la norma condiciona la causal a que no se haya precluido la investigación o decretado la absolución".

Por último, en relación con el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, el Procurador solicitó su declaratoria de exequibilidad, por cuanto considera que no existe violación al principio de igualdad con el trato diferencial que establece la norma acusada en cuanto a los beneficios y subrogados, pues el hecho de haber sido condenado dentro de los 5 años anteriores no es una diferencia "gratuita o inmotivada", sino razonable porque pone en evidencia que una persona cometió un delito doloso previamente y que incurrió en una nueva conducta punible con lo que "muestra desprecio por el ordenamiento y pone de presente la ineeficacia disuasoria de las medidas punitivas previamente impuestas, razón por la cual el Estado decide adoptar medidas disuasorias de la criminalidad como la analizada"

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de las expresiones demandadas que se encuentran contenidas en los artículos 4º, 18, 26, 27 y 32 de la Ley 1142 de 2007, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una ley.

2. En razón a que la demanda y las intervenciones presentadas en el curso de este proceso plantean varios y diversos problemas jurídicos, la Sala abordará su análisis de manera separada por cada una de las normas que serán objeto de pronunciamiento en esta oportunidad.

Cargo contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007.

3. Los demandantes consideran que para modificar la Ley 906 de 2004, el legislador debía solicitar previamente el concepto de la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio creada por el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 2002 y, como ello no se hizo, la Corte Constitucional debe retirar del ordenamiento jurídico la Ley 1142 de 2007.

A este respecto, todos los intervenientes coinciden en sostener que el cargo no debe prosperar, de un lado, porque la comisión busca evaluar los resultados del sistema penal acusatorio pero de ninguna manera limitar la libertad de configuración normativa del legislador y, de otro, porque ninguna opinión de expertos puede condicionar la validez de la ley, cuyo control de constitucionalidad corresponde solamente a la Corte Constitucional.

Por su parte, el Ministerio Público opina que esta Sala debe declararse inhibida para pronunciarse de fondo, como quiera que el cargo se fundamenta en la interpretación errada y particular que el actor hace del artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 2002, pues es claro que la norma superior creó una comisión de expertos que busca evaluar los resultados del nuevo proceso penal y no deja en sus manos la facultad de autorizar a la Fiscalía a presentar proyectos de ley. En tal virtud, concluye que el cargo es impertinente e improcedente.

4. Así las cosas, en primer lugar, la Corte debe estudiar si el cargo formulado contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007 autoriza un pronunciamiento de fondo o si su ineptitud le exige declararse inhibida. En caso de que existan motivos de constitucionalidad dirigidos a cuestionar la ley, el problema jurídico que corresponde analizar a la Sala se resume en determinar si ¿la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio podría condicionar la validez constitucional de una ley?. Para ello, es necesario analizar cuál es el sentido del artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 2002 y si dicha comisión tiene facultades para limitar la iniciativa legislativa de la Fiscalía General de la Nación y la libertad de configuración normativa del legislador para modificar el proceso penal.

Supuesta ineptitud del cargo

5. En múltiples oportunidades esta Corporación ha sostenido que si bien es cierto la acción pública de inconstitucionalidad desarrolla los derechos de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y de acceso a la justicia para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, no lo es menos que es válido constitucionalmente que la ley señale condiciones de procedencia formal de esta acción, pues es una carga procesal razonable que busca racionalizar su uso e impedir el control de constitucionalidad oficioso de todas las leyes. Por esa razón, en sentencia C-131 de 1993, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, de acuerdo con el cual una demanda de inconstitucional se entiende presentada en debida forma cuando indica: i) las normas que se acusan como inconstitucionales, ii) las normas superiores que se consideran vulneradas, iii) las razones por las que la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda y, iv) los motivos por los cuales se estima que las disposiciones constitucionales han sido infringidas.

Especialmente, en cuanto a este último requisito, la Corte ha explicado que el cargo de inconstitucionalidad "no se satisface con la exposición de cualquier tipo de razones o motivos, sino que es necesario que éstas sean 'claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes'<sup>1</sup>. Así, el cargo es claro cuando se presentan argumentos comprensivos y consecuentes con lo solicitado. Los motivos de impugnación son ciertos cuando la demanda recae sobre una proposición normativa real y existente<sup>2</sup>, y no sobre una deducida por el actor, o implícita<sup>3</sup>. Las razones de inconstitucionalidad son específicas cuando el actor explica por qué la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta, pues "el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos 'vagos,

indeterminados, indirectos, abstractos y globales' que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan"<sup>4</sup>. El cargo de inconstitucionalidad es pertinente cuando presenta argumentos de constitucionalidad congruentes con lo solicitado, pues las discusiones puramente legales y las solicitudes dirigidas a constatar la vigencia o aplicabilidad de la ley no son admisibles en el proceso de constitucionalidad. Por ello, la Corte ha dicho que no prosperan las acusaciones cuyo fundamento es el análisis de conveniencia<sup>5</sup>, necesidad<sup>6</sup> o actualidad doctrinaria<sup>7</sup>. Finalmente, los cargos son suficientes cuando la demanda está dirigida a desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley, esto es, cuando se genera un verdadero debate constitucional<sup>8</sup>.

6. Con ocasión de la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo número 3 de 2002 conformó una comisión de alto nivel que tenía asignadas atribuciones como la de seguimiento a la implementación gradual del sistema y de iniciativa legislativa en esa materia. Con base en esa disposición, los demandantes consideran que, mientras se implementa en todo el territorio el nuevo proceso penal, todos los proyectos de ley en esa materia requieren del acompañamiento de dicha comisión.

Como puede verse, independientemente de si los demandantes realizan o no una interpretación acertada de la norma constitucional que consideran infringida, asunto que no compete a analizar a la Corte en la verificación de los requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad sino en el fondo de la sentencia, lo cierto es que sus argumentos son claros en tanto que pueden comprenderse fácilmente y son ciertos porque un somero análisis del proceso legislativo muestra que en la iniciativa del proyecto de ley que finalizó con la Ley 1142 de 2007 no tuvo ninguna injerencia la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio creada por la norma cuyo desconocimiento reclaman los demandantes en tanto que el proyecto de ley fue presentado por el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Fiscal General de la Nación<sup>9</sup>. Luego, en caso de que en el análisis de fondo de la Ley 1142 de 2007 se encuentre que la norma acusada exige el requisito que reclaman los demandantes resultaría acertado su planteamiento y, por lo tanto, habría que declarar la inexequibilidad de toda la normativa, por lo que se concluye que el argumento es cierto.

En cuanto a los requisitos de suficiencia y pertinencia de los cargos de inconstitucionalidad es importante precisar que aunque son dos condiciones indispensables para generar el debate constitucional sin los cuales no existe demanda en debida forma, de ninguna manera pueden entenderse como exigencias de resultado o condiciones de gran rigurosidad que impiden el acceso a la justicia de los ciudadanos que discuten la validez constitucional de las normas con fuerza de ley, pues debe aplicarse el principio de pro actione y preferir la interpretación que permite el análisis de fondo de los cargos. Por consiguiente, los planteamientos de desacuerdo con la demanda o de discrepancia con la interpretación de las normas constitucionales en que se apoya no desvirtúan el cargo sino el fondo del asunto, lo cual exige que la Corte admita el reproche y se pronuncie sobre su contenido. Así, en esta oportunidad la Sala encuentra que, con independencia de si los demandantes aciertan en sus conclusiones, el cargo formulado contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007, debe ser estudiado de fondo porque, además de lo expuesto en precedencia, sus argumentos no se fundamentan en discusiones puramente legales y generan discusión constitucional en torno a la aplicación que debe darse a la norma superior que se opina vulnerada.

Facultades de la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio creada por el Acto Legislativo 3 de 2002

7. Para resolver de fondo el cargo que busca la declaratoria de inexequibilidad de toda la Ley 1142 de 2007, se tiene que el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo número 3 de 2002, dispuso:

"Confórmase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública".

Nótese que la norma transcrita conformó la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio y le otorgó dos facultades: la primera, de iniciativa legislativa y, la segunda, de seguimiento de la implementación gradual del nuevo proceso penal en todo el territorio nacional.

La iniciativa legislativa que el constituyente autorizó a este grupo especializados de expertos tiene tres características que la identifican: i) es una atribución específica para la implementación del nuevo proceso penal, ii) es una facultad especial, porque la presentación de proyectos de ley generalmente corresponde a entes públicos y no a un grupo multidisciplinario conformado por particulares y autoridades de distintas ramas del poder público y, iii) es una facultad precisa con expresa limitación en el tiempo. La lectura literal de la norma superior muestra que la

autorización a esta comisión para presentar proyectos de ley se efectuó hasta el 20 de julio de 2003. De todas maneras, el Congreso tenía hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes necesarias para implementar el sistema penal acusatorio y si no lo hiciere el Presidente de la República podía proferir las normas pertinentes dentro de los dos meses siguientes.

En este orden de ideas, para la Sala es evidente que cumplido el plazo expresamente concedido a la comisión para presentar proyectos de ley, la facultad se agota y ya no produce efectos jurídicos. De hecho, incluso, como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades<sup>10</sup>, las normas constitucionales transitorias, de un lado, están destinadas a producir efectos jurídicos inmediatos, en tanto que se aplican mientras sucede la condición o el plazo señalado y, de otro, tienen un carácter precario y temporal, pues buscan agotar la situación que les dio vida jurídica para después desaparecer. La Corte explicó que "La razón de ser de las normas transitorias, esta Corporación lo reitera, es la de servir de puente hacia la instauración del régimen constitucional ordinario al cual ellas se refieren y que se encuentra en suspenso hasta su agotamiento. La instrumentalidad del régimen transitorio explica su carácter eminentemente temporal y precario, llamado a ser superado y sustituido por el régimen ordinario tan pronto sea ello posible jurídica y materialmente"<sup>11</sup>. Luego, a diferencia de lo expresado por los demandantes, la iniciativa legislativa a que hacía referencia el artículo 4º transitorio ya se agotó y no podía condicionar el proceso legislativo que finalizó con la Ley 1142 de 2007.

8. En cuanto a la función de seguimiento de la implementación del sistema penal acusatorio, que atribuyó a la comisión la norma constitucional que se considera infringida, esta Corte había dicho en anterior oportunidad que debía interpretarse sistemáticamente con el artículo 5º transitorio del Acto Legislativo número 3 de 2002, por lo que consistiría en vigilar la aplicación progresiva del proceso penal en todo el territorio y "en velar porque el gobierno nacional garantice tales recursos respecto de los distritos judiciales en los que el sistema entrará a regir en cada una de las etapas fijadas por el legislador"<sup>12</sup>. Esto significa que las atribuciones de seguimiento consistentes en la vigilancia, posible asesoría y veeduría asignada a la Comisión de Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio no puede entenderse como una limitación a la facultad para reformar las leyes que otorga al legislador el artículo 150 de la Constitución, puesto que no fue concebida como una atribución para condicionar la validez de las normas que regulan el debido proceso penal cuya libertad de configuración normativa es, por el contrario, claramente reconocida en el artículo 29 superior. Con mayor razón, no es acertado el argumento de la demanda si se tiene en cuenta que la facultad objeto de análisis parte el supuesto de que la "implementación" del sistema fue gradual en el territorio nacional, por lo que dicho seguimiento se concentra en poner en funcionamiento el nuevo proceso penal y no en verificar la validez, necesidad o razonabilidad de aspectos procesales específicos como los que reprocha la demanda en esta oportunidad.

De esta forma, para la Sala resulta evidente que el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 3 de 2002 no otorgó a la Comisión de Seguimiento de la Implementación del Sistema Penal Acusatorio ninguna facultad dirigida a impedir el ejercicio de la función legislativa para modificar el proceso penal acusatorio, ni a limitar la iniciativa legislativa que la Constitución otorga al gobierno y a la Fiscalía General de la Nación para diseñar la política criminal del Estado, pues como lo advirtió la Corte en anterior oportunidad, "la competencia del Fiscal General de la Nación en materia de diseño de la política criminal del Estado no es exclusiva, pero sí expresa y suficiente para presentar proyectos de ley al respecto"<sup>13</sup> (artículos 200 y 251, numeral 4º, de la Constitución). Por lo tanto, el cargo planteado contra la totalidad de la Ley 1142 de 2007 no prospera.

#### Artículo 4º (parcial) de la Ley 1142 de 2007. Eliminación de la querella en casos de flagrancia

9. La norma parcialmente acusada modificó el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de señalar la captura en flagrancia como una causal genérica que excluye la querella. De este modo, la expresión impugnada obliga a investigar de oficio los hechos ocurridos en aquellas conductas que, al no presentarse la flagrancia, requieren querella para iniciar la acción penal.

A juicio de los demandantes, esa disposición viola los artículos 16 y 29 de la Constitución porque desconoce la naturaleza dispositiva de los delitos querellables e impone a los sujetos pasivos la decisión de iniciar el proceso penal por el sólo hecho de haberse sorprendido al autor material del ilícito en flagrancia. Por esa razón, la ley modifica condiciones procesales propias de los delitos querellables, tales como el desistimiento y la caducidad. En este mismo sentido se pronunció el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, quien, además, dijo que la flagrancia, como figura de índole procesal, debe ser ajena al acto que se juzga, por lo que la ley desconoce que nuestro ordenamiento penal se fundamenta en el derecho penal del acto.

Por el contrario, la Fiscalía considera que, respecto de los reproches contra esta norma, la Corte debe inhibirse por ineptitud de la demanda porque el cargo no fue específico en señalar en qué se funda la supuesta inconstitucionalidad. No obstante, en caso de pronunciamiento de fondo, el Fiscal General de la Nación, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador sostienen que la norma se ajusta a la Constitución por tres motivos principales. El primero, porque el legislador tiene amplio margen de libertad en la regulación del proceso penal y, por consiguiente, puede definir cuándo se inicia el proceso penal de oficio y cuándo a petición de parte. El segundo, porque no existe diferencia ontológica entre los delitos querellables y los perseguidos de oficio, por lo que es razonable que frente a casos en los que la sociedad requiere protección inmediata del Estado no se deje la investigación penal a la voluntad del titular del derecho afectado. El tercero, porque el hecho de que la acción se inicie de oficio no implica que sean inaplicables las figuras del desistimiento u otras propias de la justicia restaurativa y, de todas maneras, la caducidad no es una prerrogativa constitucional que se imponga al legislador.

10. En este orden de ideas, el problema jurídico que surge de los planteamientos resumidos en precedencia se circunscribe a determinar si ¿el hecho de que la investigación deba iniciarse de oficio en delitos que la ley define como querellables, cuando se presenta la captura en flagrancia, viola la autonomía individual o el debido proceso penal?. Para resolver dicho cuestionamiento es necesario tener en cuenta que la premisa principal en que se apoya la demanda parte del supuesto de que existen delitos de naturaleza querellable, a los cuales se les modifica su esencia por el hecho de que los autores sean sorprendidos en flagrancia. Entonces, la Corte deberá analizar de un lado, si existe previsión constitucional que imponga al legislador la naturaleza querellable a una conducta típica, antijurídica y culpable y, de otro, si hay formas propias

del proceso penal cuando el delito se inicia con querella –desistimiento o caducidad- que deben regularse en la ley de determinada manera por disposición superior.

11. En la misma línea que adopta la doctrina mayoritaria<sup>14</sup>, la Corte Constitucional<sup>15</sup> ha sostenido que la querella es una condición de procedibilidad de la acción penal, puesto que se concibe como un requisito que condiciona el inicio del proceso penal en tanto que sólo la persona legitimada para el efecto puede autorizar la intervención del Estado para investigar las conductas que son reprochables penalmente. La querella, entonces, constituye una excepción a la regla general según la cual al Estado corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar de oficio la investigación de los hechos que tienen las características de un delito.

Sin embargo, esta figura, no implica una alteración de la naturaleza de la acción penal porque ésta es siempre pública aunque el titular para su ejercicio sea la persona lesionada. En otras palabras, no es correcto referirse a delitos de acción pública o privada, si no que debe hablarse de delitos perseguibles de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado. De esta forma, queda claro que la querella es un requisito previo al ejercicio de la acción penal que consagra la ley como un instrumento de política criminal y no una condición de punibilidad del delito que pueda surgir de la conducta reprochada<sup>16</sup>, pues la existencia del hecho delictivo no depende de la voluntad del lesionado sino de la regulación legal que lo crea.

12. En efecto, esta Corporación ya había advertido en anterior oportunidad<sup>17</sup> que, al margen de si la querella es un aspecto procedural o sustancial del derecho penal, lo cierto es que es un instrumento de la política criminal del Estado para salvaguardar los bienes jurídicos que son susceptibles de protección penal, puesto que corresponde a los órganos políticos la evaluación de si los instrumentos de protección de los derechos resultan eficaces, o de si se justifica la penalización de conductas que la sociedad considera prudente autorizar, o de si la iniciación de oficio de la acción penal debe ceder en aras de proteger los derechos a la intimidad, a la vida o al buen nombre de las víctimas.

Lo anterior, entonces, permite inferir la primera conclusión: la querella no es un elemento del delito que autorice diferenciar entre delitos de naturaleza querellable y delitos de naturaleza oficiosa, puesto que constituye un instrumento de política criminal del Estado. Luego, desde la dogmática penal no es correcto sostener que la modificación del sujeto con capacidad para iniciar el ejercicio de la acción penal cambia la naturaleza del delito.

13. El artículo 250 de la Constitución dispone que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito de los que tenga conocimiento por denuncia, petición especial, querella o de oficio. A su turno, el Título II, Capítulo I, del Código de Procedimiento Penal (artículos 66 a 81) desarrolla el deber de la Fiscalía de adelantar las investigaciones penales de oficio y el de los ciudadanos de denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión conozca y que deban iniciarse de oficio, salvo la exoneración constitucional y legal del deber de denunciar. Eso muestra que, por regla general, la investigación penal debe iniciar de oficio y, por excepción, está sometida a la declaración de voluntad del afectado.

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional el principio de disponibilidad de la acción penal opera como una excepción a la regla general de oficiosidad según la cual al ente público investigador corresponde iniciar la persecución penal, cuyo fundamento puede encontrarse en tres consideraciones:

La primera, porque con la consagración de la querella se pretende proteger algunos derechos de los sujetos pasivos del delito, tales como la intimidad personal y familiar, la autonomía personal y la honra del afectado. En aquellos casos en los que la investigación penal puede afectar o poner en riesgo los derechos de las víctimas, el Estado deja en sus manos la decisión de poner o no en funcionamiento el aparato investigador y sancionador del Estado. Dicho en otros términos, la querella surge como un mecanismo de conciliación de derechos que pueden encontrarse en tensión con ocasión del delito, puesto que al consagrarse la querella como requisito de procedibilidad de la acción penal, el legislador parte de la magnitud de los delitos en consideración.

La segunda, porque algunos de los bienes o intereses jurídicamente tutelados por el derecho penal son derechos personalísimos cuya disponibilidad del titular es razonable, por lo que la defensa del interés público que le es propia a la judicialización de una conducta será de menor intensidad que la del interés individual. En otras palabras, la regulación legal de la querella también toma en consideración la autonomía de la voluntad de las víctimas del delito.

La tercera, porque es válido constitucionalmente que el legislador valore dentro del esquema de política criminal que pretende desarrollar el mayor o menor grado de gravedad del delito.

14. De otra parte, en relación con las consideraciones político-normativas que llevan al legislador a definir si un delito debe investigarse a instancias del afectado, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar, de un lado, que la determinación de cuáles de los delitos deben ser investigados de oficio o a petición de parte es tan sólo un criterio de clasificación que utiliza el legislador para ordenar las conductas penalmente reprochables, pero no representa una diferencia ontológica entre los mismos<sup>18</sup> y, de otro, que salvo algunos casos tales como la prohibición de la tortura, del genocidio, la desaparición forzada y de las ejecuciones extrajudiciales, no existe el deber constitucional de criminalizar conductas ni de exigir la investigación de oficio de las mismas, pues ello corresponde a la valoración del legislador que le permite apreciar la conveniencia y oportunidad de establecer cuáles son los instrumentos de protección de los derechos de las personas que resultan más efectivos<sup>19</sup>. Precisamente por ello, la Corte ha dicho que la regulación de los requisitos de procedibilidad de la acción penal es un asunto de regulación legal porque hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador para regular los procedimientos judiciales, por lo que "es posible que el legislador establezca unas condiciones previas de operatividad que conlleven limitaciones o condiciones para el ejercicio adecuado del derecho [de acceso a la justicia], tales como fijar determinados límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, o señalar

requisitos de procedibilidad para poner en movimiento el aparato judicial, o condicionar el acceso a la justicia a la representación de abogado, o al cumplimiento de determinados presupuestos de técnica jurídica, o a una mínima información a partir de la cual la justicia pueda operar<sup>120</sup>.

En tal virtud, se impone la segunda conclusión: aunque es razonable que el legislador tenga en cuenta algunos criterios para regular la querella, tales como la entidad del delito, los derechos en consideración y la autonomía de la víctima, no existe previsión constitucional que le imponga el deber de señalar cuáles delitos deben investigarse de oficio y cuáles requieren querella de parte. Pero, si se deriva de la interpretación integral del artículo 250 superior que el ejercicio de la acción penal es, por regla general, de oficio y, por excepción, a petición de parte.

15. En cuanto al procedimiento penal que se origina con ocasión de la querella es importante recordar que, a diferencia de lo afirmado por los demandantes, no existe una forma procesal propia y específica para la investigación de los delitos que requieren petición del lesionado, puesto que, dentro de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador para determinar el procedimiento, es claro que el proceso penal es uno sólo y que sin importar si se ha iniciado de oficio o a petición de la víctima, las etapas, los términos y las oportunidades de intervención de los sujetos procesales en el proceso es idéntico. En consecuencia, no podría hablarse de formas procesales típicas de las conductas penales que requieren querella para el inicio de su investigación.

No obstante, una consecuencia natural de la querella es la posibilidad que tiene la víctima de desistir el ejercicio de la acción penal, pues es lógico que si la ley le permite al sujeto pasivo del delito dar inicio al proceso penal, también le autorice a terminarlo cuando lo considere pertinente. De ahí que, es cierto, que el único que puede desistir de la querella es el querellante legítimo y que, en delitos cuya investigación se inicia de oficio, por regla general, no procede el desistimiento. Pese a ello, la Corte considera que el hecho de que la ley permita el desistimiento de la acción penal en delitos cuya investigación se inicia mediante querella no significa que la forma procesal penal sea modificada cuando se cambia la lista de los delitos que deben investigarse a instancia de parte, ni que sea reprochable constitucionalmente que el legislador reforme la figura del desistimiento o de la caducidad en esos casos, como quiera que no sólo no existe una previsión constitucional que lo exija, sino que, por el contrario, es un asunto que se encuentra dentro de la órbita de libre configuración normativa del legislador.

16. Sin embargo, cabe advertir que el hecho de que el proceso penal se inicie de oficio cuando el autor del delito es capturado en flagrancia, no significa que éste necesariamente debe finalizar con sentencia condenatoria o deba surtir todas las etapas procesales que la ley prevé para el efecto, pues es perfectamente posible que el proceso termine de manera anticipada con la aplicación de fórmulas como la conciliación, el desistimiento por el pago de la indemnización de perjuicios (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), la aplicación del principio de oportunidad (artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004) o los casos de extinción de la acción penal (artículo 77 del estatuto procesal penal). Ello, por cuanto el proceso penal es idéntico respecto de los delitos que deben investigarse de oficio o para los que requieren instancia de parte, pues, como se dijo en precedencia, la querella es un requisito de procedibilidad de la acción penal y no hace parte de la naturaleza del delito.

17. El análisis efectuado le permite a la Corte inferir que el hecho de que la investigación deba iniciarse de oficio en delitos que se han clasificado como querellables cuando se presenta la captura en flagrancia, no viola la Constitución y, en especial, no contradice la autonomía individual o el debido proceso penal, principalmente por tres razones que se resumen así: i) ni de la dogmática penal ni de la perspectiva constitucional puede deducirse que hay delitos cuya naturaleza sea querellable, ii) la querella no es una figura que surge del delito, sino de la potestad de valoración de la política criminal del Estado, por lo que es indiferente que el legislador hubiere regulado una situación ajena al delito como mecanismo para eliminar la disponibilidad de la acción penal y, iii) la clasificación de delitos cuya investigación se inicia de oficio o mediante querella corresponde a la ley, pues hace parte de la libertad de configuración legislativa para regular el debido proceso penal. De igual manera, no existe prohibición constitucional ni legal para que los sujetos activo y pasivo del delito puedan extinguir la acción penal por conciliación o pago de indemnización de perjuicios, ni existe una norma superior que exija un conteo especial del término de caducidad en delitos que han sido definidos por el legislador como querellables, ni existe el deber superior de establecer etapas procesales o ritualidades específicas para los delitos cuya investigación se inicia de oficio.

18. Refuerza los anteriores argumentos el hecho de que resulta razonable que el legislador hubiere señalado que la flagrancia impone a la Fiscalía el deber de iniciar la investigación penal, por dos motivos:

El primero, porque si bien con la querella se busca hacer eficaz la investigación penal y salvaguardar los derechos personalísimos y de la esfera individual de la víctima (no sólo porque es ella la que mejor conoce cómo se cometió el delito sino que es muy importante que colabore con la investigación), en las situaciones de flagrancia se atenúa la necesidad de información de las circunstancias en que ocurrió el delito y el grado de protección de los derechos individuales de la víctima, por cuanto esa figura exige la demostración de la simultaneidad de la ocurrencia del suceso ilícito y la captura, con lo que se evidencia que, en la mayoría de los casos, quién retiene a una persona en flagrancia es quién vio cometer el ilícito. Luego, la información de la víctima no es tan necesaria como en casos en los que no se presentó la flagrancia.

El segundo, por cuanto, como bien lo advirtió uno de los intervenientes, es razonable que el legislador hubiere considerado que genera desconfianza para la colectividad que una persona capturada en el momento en que cometió el ilícito en donde hay mayor probabilidad de demostrar la ocurrencia del delito y la autoría o participación en el mismo, quede en libertad porque la víctima no solicitó la investigación penal respectiva.

Pero, incluso, si se adelanta una lectura sistemática de la norma que ahora es parcialmente acusada se encuentra que con la modificación de la querella para los delitos cometidos por una persona capturada en flagrancia, el legislador buscó proteger a la víctima como parte evidentemente débil de la sociedad. Nótese que la querella no aplica en ningún tipo de delitos cometidos contra menores de edad, inimputables y quienes fueron objeto de conductas delictivas en flagrancia. En efecto, el término máximo de 36 horas con que cuenta la Fiscalía General de la Nación

para legalizar la captura en flagrancia y para solicitarle al juez de control de garantías la medida de aseguramiento antes de que se ordene la libertad (artículos 32 y 28 de la Constitución y 302 del Código de Procedimiento Penal), puede resultar bastante reducido para que la víctima autorice la iniciación de la investigación penal si se tiene en cuenta que el delito tiene todo su impacto psicológico o físico sobre ella. Entonces, someter a la víctima de un delito cuyo autor fue sorprendido y aprehendido en el momento de cometerlo al trámite de la querella para que pueda iniciarse la investigación penal, en un término reducido, puede resultarle una carga gravosa que razonablemente busca impedir la norma parcialmente acusada.

Por todas las razones expuestas, la Corte concluye que el cargo no prospera.

Artículo 18, parágrafo 1º, de la Ley 1142 de 2007.

19. El primer parágrafo impugnado consagra una excepción a la regla general según la cual la formulación de la imputación que presenta el fiscal ante el juez de control de garantías se hará siempre en presencia del imputado, pues autoriza al funcionario investigador a solicitar la legalización de la captura, a formular la imputación, a solicitar la imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que considere pertinentes, con la sola presencia del defensor, cuando el capturado hubiere entrado en estado de inconsciencia después de la captura o cuando se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material. De todas maneras, deja a salvo el derecho del capturado a allanarse a la imputación y a beneficiarse del descuento punitivo cuando recobre la conciencia.

Los demandantes consideran que la presencia física del capturado en las diligencias a que hace referencia la norma acusada es una regla de obligatoria observancia para el legislador que imponen los artículos 1º, 29 y 32 de la Constitución, 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues deriva de su derecho a la defensa material y del deber que tiene el Estado de tratarlo de manera digna. Incluso, la demanda adujo que la continuación del proceso penal cuando la persona objeto de investigación se encuentra en estado de inconsciencia o de enfermedad grave muestra que la ley utiliza al ser humano como un instrumento para el derecho, lo cual se ubica en la teoría del eficientismo penal que es contraria al Estado Social de Derecho. En este mismo sentido se pronunció el Ministerio Público, pues considera que el parágrafo debe ser declarado inexequible en tanto que la norma vulnera el derecho a la defensa material del imputado, afecta su dignidad humana y consagra una regla ambigua que autorizaría a adelantar esas diligencias sin la presencia del imputado en casos en los que no sea imperiosa su presencia.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio del Interior y de Justicia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia le pidieron a la Corte que declare la exequibilidad de esa norma porque consideran que no sólo no viola la Constitución sino que desarrolla las garantías superiores que pretenden evitar la indefinición de la situación del capturado. Así, opinan que no desconoce el derecho de defensa, en primer lugar, porque simplemente privilegia la defensa técnica del capturado, en segundo lugar, porque en estas etapas procesales no es posible aportar elementos probatorios ni contradecir pruebas y, en tercer lugar, porque, contrario a lo dicho por los demandantes, la norma no autoriza a adelantar el juzgamiento sin presencia del imputado.

A su turno, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal solicitó que la Corte declare la exequibilidad condicionada del parágrafo primero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido de que la investigación penal y las actuaciones pertinentes pueden adelantarse cuando el capturado se encuentre en inconsciencia o en grave estado de salud hasta el juicio oral, etapa en la que deberá suspenderse el proceso si el sujeto pasivo no puede acudir personalmente a las audiencias de juzgamiento. Para llegar a esa conclusión, dijo que para garantizar la continuidad y eficacia de la administración de justicia es válido que se inicie la investigación penal sin la presencia del procesado, pero al juez de control de garantías corresponde intensificar la protección del derecho de defensa.

20. En este orden de ideas, a la Sala corresponde analizar si ¿al tenor de las normas superiores que garantizan la defensa material y técnica en el proceso penal, la presencia física del imputado es una condición esencial para legalizar la captura, formular imputación e imponer medidas de aseguramiento?. Para resolver la cuestión formulada, la Corte debe resolver si es válido constitucionalmente que se legalice la captura y se inicie la investigación penal sin presencia del procesado para hacer eficiente y eficaz la administración de justicia.

Diligencias de imputación, legalización de la captura e imposición de medidas de aseguramiento en ausencia física del imputado.

21. Como se observa en el planteamiento del problema jurídico y en el tema que será objeto de pronunciamiento de esta Corporación, la norma acusada consagra tres etapas procesales distintas en las que la ley autoriza al juez de control de garantías y al fiscal a adelantarlas sin la presencia física del capturado. En efecto, la norma impugnada se refiere a la legalización de la captura, a la formulación de la imputación y a la imposición de medidas de aseguramiento.

A juicio de la Corte, aunque las tres diligencias pueden adelantarse en una sola audiencia, es indudable que contienen momentos procesales diferentes, generan un impacto distinto sobre los derechos del capturado y de la sociedad y pueden condicionar de varias maneras el desarrollo del proceso penal. Veamos, si se tiene en cuenta la situación procesal de cada una se evidencia que, mientras la diligencia de legalización de la captura tiene un carácter perentorio porque existe límite temporal constitucional y legal para el efecto (36 horas), la formulación de la imputación tiene como límite máximo el término de prescripción de la acción penal y la solicitud de medida de aseguramiento no se impone en un momento determinado, puesto que sólo se podrá solicitar y decretar si se cumplen con los requisitos y condiciones que la ley señala para la restricción preventiva de la libertad (artículos 308 a 314 de la Ley 906 de 2004).

A su turno, si se tiene en cuenta el impacto sobre los derechos también es clara la diferencia entre las tres actuaciones, pues mientras la legalización de la captura es un diligencia centrada en el estudio de los aspectos fácticos que rodearon la detención del capturado y de las garantías que el Estado Social de Derecho consagra al derecho a la libertad, entre ellas, el respeto por la dignidad humana, la orden judicial

previa, la información sobre los motivos de la captura y la defensa de la integridad física y sicológica del detenido; la diligencia de formulación de la imputación señala el inicio del proceso penal y, a partir de ahí, entran en juego todos los derechos que resultan involucrados con el delito y que corresponde al juez y a todas las autoridades públicas garantizar y salvaguardar. Finalmente, la diligencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento tiene por objeto resolver la viabilidad jurídica de imponer sobre el imputado medidas que restringen sus derechos fundamentales.

Eso muestra que no todas las diligencias suponen tiempos procesales urgentes ni regulan el mismo impacto sobre los derechos en tensión, por lo que la Sala analizará en forma separada cada una de las diligencias de tal forma que pueda efectuarse una ponderación particular y, con base en ella, puedan adoptarse conclusiones autónomas.

22. La diligencia de legalización de la captura tiene como único objetivo ejercer el control de legalidad y constitucionalidad de la privación de la libertad que: i) ha sido ordenada previamente por un juez -cuando la autoridad competente ejecuta una orden de captura- (artículo 28 de la Carta), ii) fue excepcionalísimamente efectuada por un fiscal (artículo 250 de la Constitución) o, iii) obedeció a la situación de flagrancia en la que se encontró al capturado (artículo 32 superior).

En las tres situaciones, entonces, se busca formalizar la restricción válida de este derecho fundamental. Sin embargo, eso no significa que la autoridad responsable de legalizar la captura pueda tomarse todo el tiempo que considere pertinente para el efecto, pues el artículo 28 de la Constitución, es claro en señalar que "la persona retenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes", en tanto que al juez, principalmente, corresponde la salvaguarda de los derechos del detenido, con mayor razón si se trata de la restricción de la libertad que es uno de los bienes máspreciados del ser humano. Nótese que la formalización de la captura debe adelantarse en un término perentorio porque de esa manera se logra armonizar, de un lado, el derecho de la sociedad a investigar un hecho delictivo y asegurar que el presunto autor o copartícipe no interfiera en la investigación y cumpla con la pena y, de otro, el derecho del capturado al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la libertad.

Sobre el carácter perentorio y máximo del término señalado en la Constitución para legalizar la captura, esto es, para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha dicho que es una regla de control al abuso de poder que legitima el monopolio de la fuerza y se impone al Estado en el bloque de constitucionalidad, en tanto que "el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9) se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7)"<sup>21</sup>

23. De otra parte se tiene que, por la importancia de esta diligencia para la protección de los derechos del detenido, la jurisprudencia constitucional<sup>22</sup> ha entendido que de la lectura sistemática de las normas que integran el bloque de constitucionalidad se deduce que poner al capturado a disposición del juez implica su presentación o entrega física, puesto que esa diligencia no sólo asegura el ejercicio de funciones judiciales, sino también la eficacia de los derechos del detenido, tanto en el proceso: la plena identificación, a la defensa y a la contradicción, como de su esfera personal, tales como los derechos a la libertad y a la integridad física del detenido. Así, la Corte dijo que "la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona... resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entiende que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura"<sup>23</sup>

Por estas razones, los artículos 297 a 303 de la Ley 906 de 2004 disponen que, en la audiencia de legalización de la captura, el juez de control de garantías no sólo evaluará la situación en que se produjo la restricción de la libertad -flagrancia u orden judicial-, sino también el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado, pues en esa oportunidad puede ordenarse la cancelación de la orden de captura y lo pertinente para la protección de sus derechos. Luego, la presencia física del indicado en dicha diligencia es fundamental para la eficacia de sus derechos y su limitación sólo puede autorizarse en caso de renuncia del afectado -ni la ausencia ni la contumacia pueden ser aplicables porque estamos en presencia de un capturado-, por cuanto admitir lo contrario implicaría afectar gravemente el núcleo esencial del derecho a la defensa material, a la integridad física y a la libertad del indicado.

24. Lo anterior evidencia que, en el caso sub iúdice en el que la ley autoriza a legalizar la captura sin la presencia física del detenido porque entró en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentra en estado de salud que le impide ejercer su defensa material, se presenta un conflicto entre, de un lado, la regla prevista en el artículo 28 superior -la legalización de la captura debe realizarse en un término máximo de 36 horas- y, de otro, el derecho del capturado a ser presentado físicamente ante el juez de control de garantías para legalizar la captura, también regulado en el artículo 28 de la Carta y en varias normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora, como se trata de derechos en tensión que tienen la misma jerarquía normativa y de reglas obligatorias que no tienen prevalencia en abstracto, le corresponde a la Corte realizar la ponderación de los mismos de tal manera que no se anule el núcleo esencial de ninguno de los derechos y se adopte una decisión conforme a los mandatos superiores.

Así las cosas, la Sala considera que es válido constitucionalmente que el legislador adopte como medida excepcional la legalización de la captura sin la presencia del detenido cuando se trata de situaciones también excepcionales, como las reguladas en la disposición acusada: estado de inconsciencia y la grave enfermedad que impida el ejercicio del derecho material, en tanto que de esta forma logran conciliarse los derechos en tensión sin que se sacrifique en mayor medida un derecho para lograr la eficacia del otro. En efecto, desde la perspectiva de los

derechos del capturado se tiene que aunque se reduce el grado de eficacia de su derecho a la defensa, éste no resulta anulado porque se mantiene su derecho a la defensa técnica y queda incólume el derecho fundamental a que un juez revise la legalidad y constitucionalidad de la captura dentro de las 36 horas siguientes a la misma. De igual manera, desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades del Estado, con la formalización de la captura se define la situación jurídica del detenido y se evita el limbo en que pudiera encontrarse quién aparece sub iudice frente al Estado sin la autorización jurídica para el efecto. Luego, con la medida analizada se logra proteger el derecho del capturado a la valoración judicial de la detención, sin que se sacrifique gravemente el derecho a la defensa del capturado porque se conserva la defensa técnica como un instrumento de validez de la diligencia.

Ahora, es evidente que, en estos casos como en los que se adelantan investigaciones en ausencia, al juez de control de garantías corresponde potenciar sus poderes para salvaguardar los derechos fundamentales del capturado.

Por las razones expuestas, la Sala concluye que la legalización de la captura ante el juez de control de garantías, sin la presencia del detenido porque después de la captura éste entró en inconsciencia o tiene una enfermedad grave que le impida ejercer su derecho a la defensa material, se ajusta a la Constitución.

25. De otra parte, para evaluar la regulación demandada en cuanto a las diligencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, la Sala parte de dos supuestos jurídicos propios del actual proceso penal: i) las diligencias de legalización de la captura, formulación de la imputación y solicitud de la medida de aseguramiento generan consecuencias jurídicas distintas. No debe olvidarse que mientras en la diligencia de legalización de la captura no necesariamente se ha iniciado el proceso penal, la diligencia de formulación de la imputación tiene como objetivo comunicar a una persona que se inicia en su contra el proceso penal. En otras palabras, esta actuación formalmente pone en funcionamiento la función investigativa del Estado y el aparato judicial para perseguir el delito y proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad. De igual forma, desde la perspectiva de los derechos del capturado es distinto legalizar la privación de la libertad ya efectuada, que solicitar una medida de aseguramiento que se produce en desarrollo de un proceso penal en curso y respecto de la responsabilidad penal del imputado. ii) Al igual que la diligencia de indagatoria en el proceso penal anterior, en el sistema penal acusatorio, a partir de la formulación de la imputación, el imputado adquiere el carácter de sujeto procesal y puede ejercer su derecho a la defensa material. De hecho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>24</sup> dijo que, como acto de vinculación, la imputación se asimila a la indagatoria, por lo que es lógico que desde la vinculación a una investigación por hechos delictivos el imputado tiene todos los derechos, deberes y garantías propios del proceso penal. Ahora, la jurisprudencia y la doctrina contemporánea<sup>25</sup> coincidieron en señalar que la indagatoria tiene doble carácter de medio de defensa material y medio de prueba, pues se considera un acto procesal de naturaleza compleja destinado a garantizar al sindicado su derecho a ser oído en el proceso frente a la imputación que existe en su contra<sup>26</sup>. Luego, es evidente que, de manera especial, a partir de la diligencia de formulación de imputación se activa el ejercicio del derecho a la defensa material del sindicado.

26. Ahora bien, el derecho a la defensa material goza de expresa garantía superior en el artículo 29 de la Carta cuando dispone que "quién sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento".

En esta misma línea, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, "a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarla". El artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos dispuso que toda persona inculpada de delito tiene derecho a "defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor... de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

Como puede verse, las normas transcritas en precedencia reconocen el "derecho a hallarse presente en el proceso" o a la intervención personal del sindicado en el proceso como una garantía del derecho al debido proceso penal que hace efectiva la defensa material del indiciado. De hecho, esta Corporación ya había dicho que solamente puede hablarse de juicio justo cuando el ordenamiento jurídico consagra formas eficaces de defensa y de contradicción para el imputado, tales como su participación directa en el proceso en tanto que "la defensa se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado en el proceso"<sup>27</sup>. En el mismo sentido, al interpretar el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Europea de Derechos Humanos dijo que "el derecho a estar presente en la audiencia es, singularmente en materia penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria"<sup>28</sup>.

27. Merece especial atención para el caso objeto de estudio, la consagración superior de la defensa material, que al igual que la defensa técnica, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso penal. La defensa material pone de manifiesto la facultad inalienable que tiene el sindicado para autodefenderse, pues es evidente que la defensa técnica, esto es, a cargo de su abogado de confianza o nombrado de oficio, no puede concebirse como un obstáculo, o como un abandono, o renuncia a defenderse por sí mismo.

De acuerdo con la jurisprudencia nacional y extranjera, el derecho a la defensa material supone, entre otras garantías, el derecho del sindicado a comparecer personalmente al proceso, a enfrentar los cargos que pesan en su contra, haciendo el propio relato de los hechos, suministrando las explicaciones o justificaciones que considere pertinentes en su favor<sup>29</sup>, también ejerciendo actos positivos de oposición a las pruebas de las cuales se desprende su señalamiento como posible autor o partícipe de la comisión de un delito<sup>30</sup>, a ver el expediente<sup>31</sup> y a escoger libremente el derecho a guardar silencio como estrategia de defensa<sup>32</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, interrogar a los testigos

y ejercer las demás facultades que le son inherentes, en tanto que la presencia del acusado es fundamental para el juicio justo<sup>33</sup>.

En este orden de ideas, aparece claro que de la interpretación sistemática de los artículos 28 y 29 de la Constitución y de los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos se deduce, de un lado, que la disposición del detenido ante el juez competente se refiere a su presentación física y, de otro, que su presencia en el proceso penal constituye un mecanismo de garantía efectiva para el derecho a la defensa material del indiciado.

28. De todas maneras, lo dicho no significa que la presencia del imputado en el proceso sea únicamente la referida a la defensa material, puesto que, de manera especial, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad se refieren a la naturaleza esencial de la defensa técnica en el proceso penal, en tanto que ésta fue concebida como un presupuesto de validez de las decisiones que se adoptan en ejercicio del ius punendi del Estado. De hecho, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dicho que el derecho a la defensa técnica hace parte del núcleo esencial del derecho de defensa<sup>34</sup> y que es válido constitucionalmente que el artículo 130 de la Ley 906 de 2004 hubiere establecido que en caso de conflicto entre las actuaciones defensivas del imputado y las de su abogado, prevalecen las de este último<sup>35</sup>. De igual manera, la Corte concluyó que del artículo 29 de la Carta se deduce que el imputado tiene derecho a defenderse personalmente en el proceso pero bajo la dirección, asesoría y acompañamiento directo de su abogado, por cuanto "no le es permitido hacer su propia defensa, salvo que tenga la calidad de abogado"<sup>36</sup>. No obstante, como bien lo dijo esta Sala anteriormente la participación de la defensa material y técnica en el proceso penal "no significa que la existencia de una defensa técnica pueda impedir su defensa material (la de la víctima o el perjudicado), ni que la exigencia de abogado pueda constituirse en un obstáculo para la garantía de sus derechos. La defensa material y técnica está encaminada tanto al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia en el caso concreto, como a la obtención de la reparación económica a que haya lugar"<sup>37</sup>

Precisamente por la importancia para la defensa material y técnica, la presencia física del indiciado es la regla general consagrada en los artículos 289 y 306 de la Ley 906 de 2004, según los cuales la formulación de la imputación y la imposición de medidas de aseguramiento, se realizarán con la presencia del imputado o de su defensor, so pena de afectar la validez de la diligencia.

29. Sin embargo, la misma legislación penal regula casos, algunos que han sido considerados válidos constitucionalmente por esta Corporación, en los que es posible adelantar el proceso penal aún con la ausencia del sindicado, puesto que paralizar el proceso en espera de la concurrencia de alguien que no se encuentra o que bien puede renunciar a su derecho a la defensa material, afectaría gravemente la eficacia y continuidad de la administración de justicia, el deber del Estado de juzgar al responsable de hechos delictivos y los derechos de las víctimas a conocer la verdad y a obtener la justicia y reparación de los daños causados.

Entonces, con el fin de obtener una correcta ponderación de los derechos e intereses en conflicto en el Estado Social de Derecho cuando el sindicado no ha acudido al proceso penal que, en síntesis, se reducen a proteger, de un lado, los derechos de la sociedad a la cumplida administración de justicia, a la resocialización de los delincuentes y de las víctimas a conocer la verdad, justicia y reparación de los daños y, de otro, los derechos del sindicado a hallarse presente en el proceso y a la defensa material y técnica, la Corte Constitucional ha concluido que las investigaciones y juicios penales en ausencia se ajustan a la Constitución, siempre y cuando éstos constituyan la excepción a la regla general de presencia física y/o mediante abogado de confianza en el proceso penal y se hubieren adelantado todas las diligencias pertinentes y al alcance del funcionario competente para localizar al sindicado, de tal forma que pueda concluirse que él se esconde o que renunció voluntariamente a su derecho a hallarse presente en el proceso.

Así, por ejemplo, en sentencia C-488 de 1996<sup>38</sup>, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de varias normas del entonces Código de Procedimiento Penal -Decreto 2700 de 1991- que señalaban la calidad de sujeto procesal, autorizaban la investigación y juzgamiento y la definición de la situación jurídica a quien hubiere sido declarado persona ausente, por cuanto consideró que dicha declaratoria "es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba". Por ello, dijo que no es igual la situación de quién se oculta (renuncia al ejercicio personal de la defensa) con la de quién no ha sido buscado en forma diligente por el Estado, pues es evidente que los derechos que reclaman no pueden situarse en el mismo plano de protección constitucional y legal. Sin embargo, aclaró que en los procesos penales en ausencia se potencializan los deberes, de una parte, a cargo del juez, de garantizar el ejercicio eficaz del derecho de defensa y contradicción del imputado y, de otro, de los funcionarios judiciales que tienen la responsabilidad de continuar con la búsqueda del sindicado para comunicarle, en forma inmediata, la existencia del proceso.

En el mismo sentido, la sentencia C-657 de 1996<sup>39</sup>, concluyó que el artículo 245 del Decreto 2700 de 1991, según el cual era posible surtir el recurso de revisión sin que se hubiere podido notificar a la persona que se absolvió, por cuanto, de un lado, era claro que la declaratoria de ausencia estaba antecedida por el adelantamiento de las diligencias y la utilización de los recursos y medios con el fin de comunicar la admisión del recurso y, de otro, "la declaración de ausencia permite armonizar los derechos del absuelto y el cumplimiento de la función confiada a la administración de justicia, que se vería entrabada si hubiera que esperar, indefinidamente, a que el absuelto se entere o decida comparecer".

De igual manera, en sentencia C-100 de 2003<sup>40</sup>, la Corte consideró que el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, que autorizaba a declarar persona ausente a quién no comparecía a rendir indagatoria dentro de los 10 días siguientes a la orden de captura, resultaba compatible con la Constitución en tanto que "es la ultima ratio frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales" y constituye una herramienta eficaz para "el esclarecimiento de la verdad a partir del recaudo exhaustivo de las pruebas y del suministro de un defensor de oficio que recibe plenas facultades para dirigir eficazmente la defensa técnica"

En sentencia C-248 de 2004, esta Corporación estudió la validez constitucional de la declaratoria de persona ausente como acto de vinculación al proceso penal en los siguientes términos:

"Desde esta perspectiva [de la naturaleza residual de la declaratoria de ausencia], la validez de la declaratoria de persona ausente se sujeta, entre otros, al cumplimiento de los siguientes requisitos materiales y formales, a saber:

En el orden formal se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal... (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria... (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante "resolución de sustanciación motivada" en la que se designará defensor de oficio, "se establecerá de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes". (iv) Esta resolución debe notificarse al defensor designado y al Ministerio Público.

En el orden material, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha exigido la constatación de dos factores relevantes para la vinculación del acusado como persona ausente: "(i) Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (ii) la evidencia de su renuencia. Una y otra precavan el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a espaldas del vinculado sin ofrecerle oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral"<sup>41</sup>.

En este orden de ideas, la relación jurídica procesal en tratándose de la declaratoria de persona ausente, no se sujeta a la presencia física del imputado, sino que se adelanta a través de una ficción jurídica que permite el cumplimiento de la función pública de administrar justicia de manera permanente y eficaz, en aras de garantizar, entre otros, los derechos a la verdad y a la justicia.

Por ello, aun cuando se reconoce que la declaratoria de persona ausente implica una disminución en la intensidad del ejercicio del derecho de defensa, en especial, en el caso de la defensa material, es indudable su validez constitucional por la necesidad de asegurar el logro de tres finalidades básicas para la correcta administración de justicia.

En primer lugar, porque permite la continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado.

En segundo lugar, porque permite el cumplimiento del principio de celeridad procesal (C.P. art. 209 y 228), al impedir que el juicio criminal se sujete a la espera indefinida del sindicado, pese a la existencia de un hecho punible y a la individualización de un posible responsable que exigen la pronta continuidad del proceso penal, en aras de preservar la justicia y la verdad y, eventualmente, de reparar el derecho de las víctimas.

Por último, porque el derecho a la defensa del sindicado se garantiza mediante su vinculación al proceso y, por ende, a través del nombramiento de un defensor de oficio que adelante todas las estrategias de defensa que se consideren necesarias para desvirtuar la acusación criminal que se endilgue en su contra, obviamente, bajo el reconocimiento de la presunción de inocencia como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

Igualmente, el ordenamiento jurídico permite al sindicado contumaz nombrar su propio apoderado en cualquier estado del proceso, con la consecuencia natural de la imposibilidad de retrotraer las etapas procesales frente a las cuales ya haya operado el principio de preclusión procesal.

23. Sin embargo, es pertinente destacar que en los procesos en ausencia debe garantizarse con mayor rigor el derecho de defensa, es decir, el juicio que adelante la autoridad competente para acreditar el cumplimiento de los requisitos que legitimen su procedencia, debe realizarse de manera estricta, pues es deber de dicha autoridad evitar el desconocimiento del principio de contienda que subyace en todo proceso acusatorio"

Por último, en sentencia C-591 de 2005<sup>42</sup>, este Tribunal declaró la exequibilidad de los apartes impugnados contenidos en los artículos 127 y 291 de la Ley 906 de 2005, con los cuales se autoriza, en el contexto del sistema penal acusatorio, la declaratoria de persona ausente de quien no ha sido ubicado para formularle imputación y la continuación del proceso en caso de contumacia. Después de adelantar una análisis in extenso sobre la validez constitucional de los procesos penales en ausencia y de reconocer que la regla general en el proceso penal es la presencia física del imputado, dedujó que la jurisprudencia constitucional que autoriza adelantar de esta manera el proceso penal es compatible con las nuevas disposiciones constitucionales en materia del sistema penal acusatorio y con las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Esa providencia concluyó lo siguiente:

"Del examen de constitucionalidad de las normas acusadas, la Corte extrae las siguientes conclusiones:

1. Es la regla general, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

2. Solo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de

carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales.

3. La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

4. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarlo al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.

En esta oportunidad, la Sala reitera las reglas expuestas en precedentes anteriores que conducen a señalar la declaratoria de ausencia y la contumacia como dos excepciones válidamente admitidas en el ordenamiento superior que admiten la investigación y juzgamiento en ausencia del imputado o acusado, con base en las cuales se resolverá el problema jurídico que plantea la demanda.

30. La inasistencia del indiciado a las audiencias de formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento porque se encuentra en estado de inconsciencia al que entró después de la privación de la libertad o porque se encuentra en estado de salud que le impide ejercer su defensa material, evidentemente afecta sus derechos a la valoración de su situación física por parte del juez de control de garantías y de defensa material porque le perturba el ejercicio de la autodefensa en dichas diligencias y le limita la posibilidad de exponer razones para evitar la restricción de su derecho a la libertad.

En efecto, como se dijo en precedencia, en el actual proceso penal, la diligencia de formulación de imputación, que reemplazó la indagatoria del proceso anterior, adquiere una relevancia fundamental para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa en el curso del proceso penal, pues el imputado puede ejercitar su defensa material al manifestar todo lo que considere conveniente en su descargo, como quiera que habrá hechos que conoce el imputado y no su abogado. No olvidemos que el artículo 290 de la Ley 906 de 2004 dispone que "con la formulación de la imputación la defensa podrá presentar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código". De esta forma, entonces, el imputado puede rechazar o aceptar las imputaciones y abstenerse de emitir manifestaciones, con lo que es lógico deducir que, a pesar de que no pueden solicitarse o controvertir pruebas, la presencia física del imputado en esa diligencia es fundamental para el ejercicio del derecho a la defensa material y, en especial, para aportar importantes elementos de juicio fácticos a la defensa técnica a cargo de su apoderado.

Igualmente, resulta fundamental para los derechos a la libertad y a la defensa técnica del imputado, su comparecencia física a la diligencia de imposición de medida de aseguramiento, que usualmente se desarrolla en la misma audiencia de legalización de la captura y formulación de la imputación, pues ahí tendrá la oportunidad de oponerse a la medida de aseguramiento que puede consistir, incluso, en una medida restrictiva de la libertad. De hecho, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 306 a 311 del Código de Procedimiento Penal, el defensor y el imputado pueden oponerse a la solicitud de la medida demostrando al juez de control de garantías que no cumple con alguno de los requisitos señalados en la ley o que de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas en que se apoya la Fiscalía no puede inferirse razonablemente que el imputado sea autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Al respecto, la Corte ha dicho que el control de legalidad de las medidas de aseguramiento comprende su análisis formal y material, de tal suerte que debe averiguar su razonabilidad y proporcionalidad desde una perspectiva jurídica y fáctica, pues "la presentación de los elementos de conocimiento que fundamentan la medida de aseguramiento y la oportunidad de contradicción de éstos, constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa"<sup>43</sup>. Entonces, a pesar de que en la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento no hay debate probatorio, el imputado sí puede presentar elementos de conocimiento para desvirtuar la petición del fiscal, en tanto que el juez deberá valorar la situación fáctica relevante. En este caso, entonces, los argumentos de autodefensa del imputado resultan determinantes.

Así las cosas, puede concluirse que la inasistencia del indiciado a las audiencias de formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento afecta gravemente sus derechos a hallarse presente en el proceso penal, a la defensa material y a la libertad personal.

31. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional a que se hizo referencia en precedencia, la ausencia del imputado en el proceso penal podría ser válida si se presenta la contumacia o la declaratoria de ausencia del sindicado. Cabe precisar que el estado de inconsciencia o de enfermedad grave a que hace referencia el párrafo acusado no encuadra en ninguna de esas dos situaciones. Claramente no se trata de un contumaz, a quién la autoridad judicial le ha notificado válidamente el requerimiento y éste no acude al proceso penal, pues en

los casos previstos por la norma acusada se trata de una inasistencia por motivos de fuerza mayor o ajenos a la voluntad del indiciado que no pueden calificarse como actos de desobediencia al mandato judicial ni como incumplimiento a la obligación de comparecer. Tampoco se trata de un ausente, en los términos de la decisión judicial de vincular a una persona al proceso penal, pues esta figura sólo procede cuando se ignora el paradero del sindicado, ya porque no se encuentra en el lugar donde reside, o no se ubica en los domicilios registrados a su nombre. Por el contrario, la situación del inconsciente o del enfermo con imposibilidad de ejercicio de su defensa material, a quienes el funcionario judicial encuentra no sólo plenamente identificados, sino también perfectamente ubicados, pese a lo cual estarán ausentes del proceso por hechos no imputables a él. De hecho, una cosa es la ausencia y otra la inasistencia o no presencia del imputado por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad y perfectamente conocidas por el Estado.

Por ello, tanto la Corte Constitucional<sup>44</sup> como la Corte Suprema de Justicia<sup>45</sup> han sido enfáticas en concluir que la declaratoria de ausencia "no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que sólo puede llegar cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material... En desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, el Estado está en el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone".<sup>46</sup>

32. En tal virtud, si como se vio en precedencia, la validez constitucional de la declaratoria de persona ausente está sometida al procedimiento obligatorio de búsqueda del indiciado y a la imposibilidad de ubicación, en tanto que éste no es un procedimiento facultativo o sucedáneo de la formulación de imputación con presencia física del indiciado, es lógico concluir que la ley no puede autorizar la práctica de diligencias fundamentales para el proceso penal sin la presencia del indiciado plenamente identificado y ubicado, pues al hacerlo afecta gravemente los derechos fundamentales del investigado. De este modo, en aquellos casos en los que el capturado no puede ejercer su derecho a la defensa material por causas no imputables a él, tales como su estado de inconsciencia o grave enfermedad, debe suspenderse la iniciación del proceso penal y, por consiguiente, no pueden adelantarse las audiencias de formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento.

33. Con todo, a la anterior conclusión podría objetarse que paralizar el proceso penal por término indefinido -hasta que el indiciado recobre la conciencia o pueda asumir su defensa material- también afecta gravemente los derechos de las víctimas y de la sociedad a gozar de una cumplida y diligente administración de justicia y, sobretodo, permitiría que algunos delitos se queden en la impunidad en tanto que el Estado tiene un término máximo para sancionar al responsable de la conducta delictiva que se investiga.

La Sala comparte parcialmente esa objeción, pues no es totalmente cierto que la prohibición de adelantar la formulación de la imputación sin presencia del indiciado paralice la investigación penal, ni que con esta medida se afecten los derechos de las víctimas, pero sí es cierto que podría flexibilizarse el término de prescripción de la acción penal, porque por un hecho totalmente ajeno al Estado, a la sociedad y a las víctimas, el paso del tiempo se convierte en un obstáculo para la defensa de sus intereses. Pasa la Sala a explicar los planteamientos expuestos:

En primer lugar, la Corte considera que no es correcto afirmar que la imposibilidad de adelantar la formulación de la imputación sin la presencia física del indiciado paralice el proceso penal, de un lado, porque las autoridades competentes pueden adelantar actuaciones de investigación preprocesal o indagación preliminar en los términos del Título I del Libro II de la Ley 906 de 2004 y, de otro, porque la actual legislación no permite continuar el proceso penal e iniciar el juicio contra una persona ausente a pesar de que no ha sido declarada como tal ni se encuentra en situación de contumacia, pues los artículos 366 y 367 de la Ley 906 de 2004 disponen que el juez de conocimiento instalará el juicio oral, previa verificación de la presencia de las partes, quienes solo por expresa manifestación propia o mediante su apoderado, podrán renunciar al derecho a hallarse presentes en el juicio. Luego, el logro de la medida -avance del proceso penal- no se justificaría respecto del enorme sacrificio para los derechos del imputado que representaría la investigación sin la presencia del imputado, con lo que se considera una medida desproporcionada en estricto sensu.

De igual manera, la medida objeto de análisis tampoco representa un instrumento eficiente de protección de los derechos de las víctimas, no sólo porque de todas maneras el proceso debe suspenderse, sino porque adelantar la etapa de la investigación sin defensa material también implica eliminar formas de protección de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, la medida impugnada afectaría gravemente el derecho de los sujetos procesales a llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, pues la ausencia del imputado impide la aprobación de pactos antes del juicio. En efecto, a este tipo de acuerdos de voluntad pueden llegar las partes desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación (artículo 350 de la Ley 906 de 2004), con la presencia física del imputado (artículo 3501 ídem), por cuanto establece plena prevalencia a la defensa material sobre la defensa técnica, como quiera que si se presenta desacuerdo entre lo opinado por el sindicado y su abogado prevalece la defensa material. Eso muestra que no es tan cierto que con la iniciación del proceso penal siempre se garantizan los derechos de la víctima y la eficiencia de la administración de justicia y, por el contrario, sí se afectan gravemente los derechos del imputado.

34. Sin embargo, es cierto que prohibir la formulación de la imputación sin la presencia del indiciado cuando éste se encuentra inconsciente o gravemente enfermo, podría conducir a la impunidad y de esta forma a afectar gravemente los derechos de las víctimas y de la sociedad a gozar de una justicia eficiente y a sancionar al delincuente. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, la prescripción de la acción penal sólo se interrumpe con la formulación de la imputación, por lo que mientras no se adelante esa diligencia los términos continúan produciendo efectos de sanción por la inoperancia del aparato investigativo y judicial del Estado para imputar la responsabilidad al presunto infractor de la ley penal. No obstante, la dificultad que aquí se plantea no surge exactamente de la norma acusada, sino de la hermenéutica literal de otra disposición que al aplicarla en el presente caso resulta sumamente gravosa para los intereses de las víctimas y del Estado. Por esa razón, la Corte considera necesario para garantizar la eficacia de los derechos constitucionales en tensión que se deje a salvo la posibilidad de aplicar la interpretación extensiva del artículo 292 del Código de Procedimiento Civil y se interrumpa el término de

prescripción de la acción penal, en aquellos casos en los que no puede adelantarse la diligencia de formulación de la imputación por los motivos previstos en el parágrafo 1º del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007.

En este orden de ideas, las excepciones a la regla general de presencia física del imputado en el proceso penal, no pueden entenderse como instrumentos para llenar exigencias de carácter normativo, sino para velar por la efectividad material de los derechos en tensión, de tal manera que sólo puedan limitarse los derechos del imputado a la defensa técnica y a hallarse presente en el proceso en caso de que la medida restrictiva sea realmente efectiva para proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad, que pueden salvaguardarse con la interrupción del término de prescripción de la acción penal.

35. El análisis efectuado le permite a la Corte concluir que: i) no vulnera el artículo 29 de la Carta, la regla legal según la cual el fiscal puede legalizar la captura ante el juez de control de garantías, con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública, cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en estado de salud que le impida ejercer su defensa material; ii) es contrario a los derechos al debido proceso y de defensa material, que se pueda, sin la presencia del indiciado, formular la imputación, solicitar imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que el fiscal considere procedentes; iii) en aras de garantizar la eficacia en la administración de justicia y de que no haya lugar a la impunidad, es necesario entender que mientras el indiciado se encuentre en estado de inconsciencia o tan enfermo que le impida ejercer su derecho a la defensa material, se interrumpe la prescripción.

Por esas razones, la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones "...formular imputación, solicitar imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que considere procedentes..." y "En este caso...", contenidas en el parágrafo primero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007 y la exequibilidad del resto del parágrafo 1º, en el entendido de que en esta hipótesis, se interrumpe la prescripción.

Artículo 18, parágrafo 3º, de la Ley 1142 de 2007. Legalización de la captura con la constancia de la Fiscalía sobre la imposibilidad de poner a disposición del juez al capturado.

36. El parágrafo tercero impugnado señala que en aquellos eventos en los cuales, por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no sea posible trasladar a la persona aprehendida ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la captura, podrá legalizarse la captura con la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos por los cuales no se pudo hacer el traslado y el compromiso de presentarlo tan pronto sean superadas las dificultades. De igual manera, la norma acusada dispone que: i) el fiscal debe asumir las responsabilidades derivadas del hecho de no decir la verdad, ii) a la audiencia asistirá el defensor del imputado y el Ministerio Público, iii) la fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento y, iv) mantiene el derecho de la persona aprehendida a allanarse a la imputación con los beneficios consagrados en la ley hasta tanto sea presentado físicamente ante el juez.

Los demandantes, el Instituto de Derecho Procesal y el Ministerio Público coinciden en sostener que la disposición acusada debe ser declarada inexequible porque, contrario a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución, amplia el término para legalizar la captura. Así, esa norma superior es enfática en señalar que el término máximo para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado es de 36 horas, por lo que ninguna excepción que amplíe esa regla es válida constitucionalmente. Además, el Procurador dijo que esa disposición viola el artículo 250 de la Carta, porque autoriza al fiscal a legalizar la captura, pese a que esa es una atribución exclusivamente judicial y bajo ninguna circunstancia puede realizarla el fiscal.

Por el contrario, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho consideran que la norma se ajusta a la Constitución porque simplemente consagra casos de imposibilidad absoluta para poner a disposición del juez competente al capturado dentro del término de 36 horas, pero no modifica la autoridad encargada de legalizar la captura. De igual manera, considera que la reglamentación es clara, específica y concreta en determinar en qué circunstancias puede acudirse al habeas corpus, con lo que se protege el derecho a la libertad del capturado.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia adujo que si bien la norma acusada se ajusta a la Constitución porque regula situaciones absolutamente excepcionales en las que el fiscal no puede poner al capturado a disposición del juez de control de garantías, no puede desconocerse que podría interpretarse, como lo hace la demanda, de tal forma que se amplíe el término de 36 horas para el control judicial de la captura. Por tanto, opina que la Corte debe declarar la exequibilidad de la norma pero con la precisión de que el fiscal debe legalizar la captura dentro del término señalado en la Constitución.

En consecuencia, corresponde a la Corte determinar si ¿el parágrafo 3º del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007 desconoce los artículos 28 y 250 superiores porque autoriza que el fiscal efectúe la legalización de la captura y fuera del término máximo señalado en la Constitución?. Para ello, la Sala analizará, en primer lugar, cuál es la interpretación que surge de la disposición acusada y, posteriormente, si en situaciones extraordinarias es posible legalizar la captura sin la presencia del indiciado, o si se ajusta a la Constitución la posibilidad de ampliar el término de 36 horas para legalizar la captura o si es válido autorizar al fiscal del caso a adelantar dicha diligencia.

37. Para resolver el problema jurídico planteado, se dijo, en primer lugar, la Corte debe conocer cuál es la interpretación correcta que surge de la norma acusada, puesto que, de acuerdo con lo afirmado por los demandantes, los intervenientes y el Ministerio Público, de ella pueden deducirse varias interpretaciones posibles. Cabe precisar que, como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades<sup>47</sup>, a pesar de que a la Corte Constitucional no le corresponde definir cuál es el sentido de la ley ni a señalar cuál es la interpretación más adecuada, en aquellos casos en los que existen interpretaciones diversas que tienen incidencia constitucional, primero debe entrar a determinar el alcance de la norma para que posteriormente pueda definir cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son

legítimos constitucionalmente.

Por lo tanto, se considera necesario recordar el tenor literal de la disposición normativa acusada:

PARÁGRAFO 3o. En aquellos eventos en los cuales por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no sea posible dentro del término de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura, trasladar a la persona aprehendida ante el juez de control de garantías, dentro del mismo término, deberá legalizarse su captura con la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos por los cuales se imposibilitó el traslado y el compromiso de presentarlo tan pronto sean superadas las dificultades. El fiscal asumirá las responsabilidades penales y disciplinarias que correspondan en caso de faltar a la verdad. A esta audiencia asistirá el defensor de confianza o en su defecto el que sea designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública y el Ministerio Público. La Fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento. La persona aprehendida tendrá la posibilidad de allanarse a la imputación hasta cuando sea posible para la Fiscalía presentarlo físicamente ante el juez, con el mismo descuento punitivo indicado en el inciso 1o del artículo 351 de este código".

Para la Sala, esa disposición autoriza al juez de control de garantías a realizar la diligencia de legalización de la captura dentro de las 36 horas siguientes a ella, sin la presencia del indiciado, pero con base en la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos que imposibilitaron el traslado, ya sea por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público. A esa audiencia asiste el defensor de confianza o el defensor público y el Ministerio Público. De todas maneras, cuando fuere posible debe dejarse al capturado a disposición del juez de control de garantías, de un lado, la Fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento y, de otro, el capturado tiene la posibilidad de allanarse a la imputación.

38. Claramente, esta hermenéutica afecta el derecho a la defensa material del capturado y pone en riesgo los derechos a la vida e integridad del mismo, pues permite que el juez solamente realice el control de legalidad de la aprehensión de manera formal y no material, como quiera que no tiene a su alcance todos los elementos de juicio suficientes para llegar a una decisión contundente. A esa conclusión se llega si se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

i) Se vio en precedencia, que uno de los objetivos más importantes de la presentación del capturado al juez y, por consiguiente, de la valoración judicial para legalizar la captura, es el control sobre el abuso de poder y la verificación de que en el acto de privación de la libertad no se hubiere acudido a técnicas como las torturas y los tratos denigrantes, de tal forma que el juez pueda dar fe de la situación física en que se encuentra la persona. En efecto, después de citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reclama la verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad con la presentación del detenido ante el juez, la Corte Constitucional concluyó que "La entrega del capturado a una autoridad judicial cumple varios propósitos, que no se limitan al ejercicio de funciones judiciales. La regulación de la materia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en la norma dedicada a la libertad y seguridad personal, y en el caso del Pacto de San José, el mandato inicia con una exigencia de protección y respeto a la libertad y seguridad personales. De ello se desprende que la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona"<sup>48</sup>

Incluso, en reciente oportunidad, esta Corporación reiteró que el capturado debe ser puesto a disposición de juez competente en un término máximo de 36 horas y que su presentación debe ser personal, en tanto que su presencia física en las diligencias judiciales es fundamental para que el juez verifique las condiciones en que se encuentra el capturado. Así, en sentencia C-185 de 2008, la Corte declaró la inexequibilidad de las expresiones de "por motivos serios y de fuerza mayor" y "disponible" contenidas en el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 y exequible la expresión "cuando (...) no se encuentre (...) un juez que pueda ordenarla", "en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante".

Entonces, si se adelanta la legalización de la captura sin la presencia del imputado y, ésta obligación solo es exigible "tan pronto sean superadas las dificultades", se podría poner en riesgo la vida e integridad de la persona. Y, si dentro de la concepción humanista y la constitucionalización del derecho penal se descarta la instrumentalización de la persona a los fines de prevención general, pues ante cualquier situación se proclama la dignidad y la protección de los derechos esenciales e inherentes del ser humano, es lógico inferir que la captura no se protegen los derechos en un sentido material sin la presencia física del capturado.

ii) Debe tenerse de presente que, en la mayoría de los casos, el control de legalidad sobre la captura se realiza en situaciones de flagrancia en donde el juez debe realizar una valoración fáctica de los requisitos de inmediatez, actualidad y plena identificación del delincuente como condiciones sine qua non para que se configure. De este modo, la presencia física del capturado en esa diligencia resulta fundamental para el ejercicio de su derecho a la defensa material.

Ahora, como se vio en fundamentos jurídicos precedentes de esta providencia, la formulación de la imputación y la imposición de medidas de aseguramiento requieren la presencia física del imputado para garantizar su derecho a la defensa material, por lo que, se reitera, no podría autorizarse la iniciación del proceso penal, en caso de imputado plenamente identificado y ubicado o localizado por el Estado, quién no pudo acudir a la audiencia por razones ajenas a su voluntad que han sido plenamente constatadas por la Fiscalía General de la Nación, tanto que a esa autoridad también le ha impedido cumplir con su deber constitucional de poner a disposición del juez al capturado.

Pero, incluso, si solamente se adelanta la diligencia de legalización de captura y se deja en suspenso la formulación de la imputación y la imposición de la medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías hasta tanto fuere posible dejar al capturado a su disposición, lo cierto es que en todo caso de restricción de la libertad, el derecho a la defensa material debe garantizarse porque es una regla exigible aún

frente al legislador.

iii) Según esta interpretación, la legalización de la captura, la formulación de la imputación y la imposición de medidas de aseguramiento podrán hacerse por el juez de control de garantías sin la presencia del imputado, pero con la asistencia del defensor de confianza o el abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. No obstante, la especial situación en la que se encuentra el capturado -privado de la libertad en un lugar lejano, con dificultad en las vías de acceso o en el desplazamiento, o en un sitio con problemas de orden público- hace que la designación de un abogado de confianza sea muy difícil y prácticamente imposible que direccione la defensa y le informe todos los elementos de conocimiento necesarios y pertinentes para que la defensa técnica pueda ser tan eficaz como la defensa material. En consecuencia, también se afectaría el derecho del imputado a tener una adecuada defensa técnica.

39. Pero, además, se insiste que, por el carácter perentorio del plazo a que hace referencia el artículo 28 de la Constitución, a las autoridades competentes corresponde garantizar la eficacia y el cumplimiento de esa norma con la disponibilidad de los medios e instrumentos que se requieren para garantizar la oportunidad de los trasladados, la cumplida administración de justicia y la defensa de los derechos de la sociedad, de las víctimas y del capturado, que se ubican en tensión con la ocurrencia del delito. Un ejemplo que concreta el deber del Estado de garantizar la presencia de los jueces en todo el territorio nacional para legalizar la captura dentro de las 36 horas siguientes a la captura a que hace referencia el artículo 28 superior, es la competencia que el artículo 39 de la Ley 906 de 2004 otorga a los jueces de control de garantías, funcionarios encargados de adelantar la audiencia posterior de legalización de la captura. En efecto, en lo pertinente, esa norma dispone: i) que dicho juez constitucional debe ejercer sus funciones en el lugar donde se cometió el delito, por lo que, en principio, no le corresponde a las autoridades que realizaron la captura desplazarse a un municipio distinto al que fue capturada la persona que se encontró en flagrancia o ante el juez que ordenó la captura; ii) que la función de control de garantías se ejerce en cualquier hora hábil (artículo 157 del Código de Procedimiento Penal), de acuerdo con los turnos previamente establecidos; iii) si el juez penal municipal se encuentra impedido o no disponible en el municipio donde ejerce sus funciones, corresponde ejercer la función de control de garantías a otro juez municipal, sin importar la especialidad, del mismo lugar donde ocurriere el delito.

De hecho, a esta misma conclusión ha llegado la Corte en varias oportunidades anteriores. En sentencia C-1024 de 2002<sup>49</sup>, se declaró la exequibilidad del artículo 2º del Decreto 2002 de 2002, en el entendido que la captura que podían adelantar funcionarios del DAS y de las Fuerzas Militares, que no tengan funciones de policía judicial, solamente puede practicarse cuando ella sea públicamente requerida, en los términos del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, precisó que, por disposición del artículo 28 superior, "el capturado no puede permanecer por más de 36 horas por cuenta de funcionario diferente al Fiscal General de la Nación o su delegado, o el juez". En el mismo sentido, la sentencia C-730 de 2005<sup>50</sup>, dijo que el artículo 28 de la Carta tiene "un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez se le haya detenido preventivamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes".

40. Con todo, podría pensarse como lo hizo uno de los intervenientes en este asunto que, como lo dijo la Corte en sentencia C-251 de 2002<sup>51</sup>, existen algunas situaciones en las que sea imposible requerir la autorización judicial en el término de 36 horas siguientes a la captura, por lo que podría admitirse el control de legalidad en un momento posterior con la constancia que expida la Fiscalía General de la Nación –nótese que la norma no se refiere al Fiscal del caso, sino a dicha entidad- sobre los motivos que imposibilitaron el desplazamiento dentro del término señalado en la Constitución, tal y como lo regula la norma demandada.

Sin embargo, esa tesis no puede aceptarse no sólo porque la sentencia a que se hizo referencia se profirió cuando no existían los jueces de control de garantías<sup>52</sup>, sino porque estudió un asunto distinto al que ahora ocupa la atención de la Sala, que se concretó en el análisis de la constitucionalidad de la expresión "término de la distancia" como límite para legalizar la captura, sino que en esa misma oportunidad, la Corte dejó en claro que es deber del Estado "diseñar los mecanismos para asegurar, dentro de lo posible, que alguna autoridad judicial pueda ser alcanzada en el término fijado por la Constitución. Esto también puede lograrse con el desplazamiento de la autoridad judicial al lugar, antes de que se cumplan las 36 horas, en aquellos casos excepcionales en que sea materialmente imposible desplazar al capturado hasta la sede de dicha autoridad judicial".

El análisis adelantado muestra que el parágrafo 3º del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, contradice la Constitución, razón por la cual la Corte debe declarar su inexequibilidad.

Artículo 26 (parcial) de la Ley 1142 de 2007. Detención preventiva para quién ha sido capturado un año antes de la nueva captura.

41. La norma parcialmente acusada modificó el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de ampliar los casos en los que procede la detención preventiva en establecimiento carcelario cuando la persona hubiere sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del año anterior a la nueva captura, siempre que no se hubiere producido preclusión o absolución en el caso anterior.

La demanda considera que la norma acusada, que a su juicio contiene una regla ambigua y general porque exige tener en cuenta incluso capturas ilegales, vulnera la presunción de inocencia del capturado porque el hecho de que hubiese sido objeto de otra captura anterior no lo hace responsable del hecho investigado, pese a lo cual la ley lo trata como si hubiere sido condenado penalmente. En el mismo sentido, el Instituto de Derecho Procesal coincide con los demandantes en sostener que esa norma vulnera la Constitución por cuanto limita beneficios y condiciones favorables al imputado por circunstancias ajenas al acto que se imputa. Además, dijo que esa norma contradice lo afirmado por la Corte en sentencia C-774 de 2001, según la cual no es posible imponer medidas generales, automáticas e indiscriminadas de privación de la libertad.

El Fiscal, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador consideran que la disposición impugnada debe ser declarada exequible principalmente por dos razones. La primera, porque como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional, las medidas cautelares no desconocen la presunción de inocencia del imputado. La segunda, porque el hecho de que una persona hubiere sido aprehendida con anterioridad constituye un presupuesto objetivo cuya valoración en un nuevo proceso penal es razonable. Finalmente, precisan que, a su juicio, es natural y obvio que la norma acusada se refiere a la captura previa que se realizó en forma legal, por lo que la interpretación que de la norma hace el demandante es equivocada.

Así las cosas, la Sala debe averiguar si ¿vulnera la presunción de inocencia del imputado la regulación legal que autoriza a decretar la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario cuando el aprehendido fue objeto de otra captura dentro del año anterior?. Para resolver el problema jurídico la Corte estudiará: i) la libertad de configuración normativa del legislador para determinar las circunstancias que conducen a decretar la medida privativa de la libertad y la presunción de inocencia, ii) si en el caso objeto de estudio la captura ilegal previa podría conducir a la detención preventiva en establecimiento carcelario y, iii) si la norma acusada consagra una medida razonable y proporcional que le permite al juez hacer valoración de circunstancias objetivas o si, como lo afirman algunos intervenientes, la decisión restrictiva de la libertad está regulada de manera automática y general que "ata al juez".

42. Como lo ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades<sup>53</sup>, la detención preventiva en establecimiento carcelario es una medida cautelar de tipo personal que adopta el juez en el curso de un proceso penal y consiste en la privación de la libertad de manera provisional, pues su objetivo es realizar los derechos y deberes constitucionales que, en sentido estricto, consisten en asegurar el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sea más efectiva, de una parte, la investigación y el juzgamiento y, de otra, los derechos de las víctimas.

Por su propia naturaleza, la detención preventiva, entonces, tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a exemplificar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme en señalar que la institución de la detención preventiva se ajusta a la Constitución y, en especial, no resulta contraria a la presunción de inocencia. Al respecto, dijo:

"...En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso..."

...Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley..."<sup>54</sup>.

En el mismo sentido, en reciente oportunidad, esta Corporación afirmó:

"No ha escapado por lo tanto a la reflexión jurisprudencial de la Corte Constitucional la compleja relación entre las medidas de aseguramiento y la presunción de inocencia, en medio de lo cual ha afirmado claramente que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y que, en consecuencia resolución de acusación no impone una sanción al imputado, ni define el proceso penal, sino que la definición del proceso penal apenas tiene lugar cuando se dicta sentencia y, más concretamente, cuando la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada, no antes.<sup>55</sup> "De ahí el carácter provisional que le subyace a la resolución de acusación "y la vigencia que durante el lapso que ella esté vigente tiene la presunción de inocencia"<sup>56</sup>. En vista de que la resolución de acusación no es una sanción ni tiene carácter definitivo, el sindicado goza de todos los derechos fundamentales y puede hacerlos efectivos. La resolución de acusación no comporta, por tanto, "restricción alguna de las garantías constitucionales, entre ellas la presunción de inocencia que permanece incólume mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia judicial en firme."<sup>57,58</sup>

Es importante entonces resaltar que las medidas de aseguramiento dictadas como consecuencia de haberse proferido resolución de acusación en contra de una persona tienen como finalidad garantizar en los casos en los que las circunstancias lo ameriten la comparecencia de dicho individuo ante la administración de justicia, pero que esta situación es claramente distinguible de aquella que se presenta cuando una vez cumplidos todos los trámites propios del proceso, se la declara responsable penalmente y se le aplica la sanción prevista en la ley.<sup>59</sup>

En este sentido, la Corte ha admitido en algunas oportunidades que la presunción de inocencia no riñe con la posibilidad de aplicar medidas de orden preventivo para asegurar la comparecencia ante los jueces de las personas frente a las cuales se tienen motivos serios y debidamente fundados para considerar que han cometido un ilícito. Cuando se dicta como medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la persona sigue gozando de la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad"<sup>60</sup>

43. Las circunstancias que conducen a la detención preventiva -en establecimiento carcelario o en el lugar de residencia-, como medida restrictiva de la libertad que es, deben encontrarse clara y expresamente definidas en la ley, pues el juez que las impone sólo está autorizado a restringir la libertad de las personas en casos de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

De todas maneras, esta Corporación<sup>61</sup> también ha aclarado que los criterios que evalúa el legislador para determinar cuáles serían las conductas que conducirían a decretar la medida de aseguramiento hacen parte de su libertad de configuración normativa porque implican valoración de

aspectos generales de política criminal y de protección de los derechos constitucionales en tensión. Obviamente, esa libertad de configuración debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y puede ser objeto de control de constitucionalidad para que prevalezcan derechos e intereses superiores. Por estas razones, la Corte ha concluido que dentro de los límites de la potestad de configuración legislativa se encuentra la determinación de la proporcionalidad, razonabilidad y excepcionalidad de la medida porque la restricción de la libertad no puede convertirse en la regla general ni en el único instrumento que tiene el juez para asegurar el éxito de la investigación y juzgamiento penal.

La regla que reconoce al legislador de libertad de configuración de las medidas de aseguramiento y, en especial, de los criterios que conducen a decretar la detención preventiva, ha sido uniforme y constante en la Corte Constitucional, por lo que ahora se reitera. En efecto, el artículo 397, numeral 1º, del Decreto 2700 de 1991 que disponía la procedencia de la detención preventiva en delitos de competencia de los jueces regionales fue declarado exequible en la sentencia C-150 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz, por cuanto concluyó que "No encuentra la Corte violación al artículo 28 de la Carta, ni al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la misma codificación, y más bien advierte que se trata del natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que esta involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas, propias de las competencias de los jueces regionales y que exigen un mayor celo procedimental"

En el mismo sentido, en sentencia C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte declaró exequibles los numerales 2º y 3º, del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, que señalaban la procedencia de la detención preventiva cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o excede de dos años y en aquellas situaciones en las que se investigara la ocurrencia de los delitos indicados en un listado, en tanto que "se torna patente el ejercicio de las facultades que el legislador cumple amparado por la libertad de configuración que le permite, de conformidad con sus preferencias de política criminal, escoger causales de detención preventiva, que siendo adoptadas con la finalidad de perseguir eficazmente el delito, han de estar, sin embargo, acopladas a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental". Específicamente en relación con las causales dijo que "el legislador se atuvo a un criterio de carácter objetivo que, ante todo, atiende a la gravedad del hecho, establecida a partir del monto de la pena, y en ello no encuentra la Corte que se haya consagrado una causal arbitraria que comporte el sacrificio excesivo de la libertad en aras de la finalidad de actuar en contra del delito, como tampoco encuentra violación de la Carta Política en el atacado numeral tercero, que contiene la lista taxativa de los delitos que en el criterio del legislador merecen la detención, porque las conductas allí referidas atentan contra bienes jurídicos que se juzgan de importancia para el logro de la convivencia y ya la Corte ha indicado que "el control social mediante la protección de bienes jurídicos fundamentales constituye la razón de ser del derecho penal", y que la correspondiente indicación de los bienes jurídicos tenidos por valiosos y que son, por ende, merecedores de protección, es tarea que dentro de la estructura de un Estado de Derecho compete al legislador".

Esa misma tesis fue reiterada en la sentencia C-425 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, al declarar la exequibilidad del numeral 7º del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, que señalaba la procedencia de la detención preventiva en los casos de lesiones culposas, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho, en tanto que "en ejercicio de las competencia que le atañen tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad "que al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental".

Posteriormente, en sentencia C-392 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 25 de la Ley 504 de 1999, que modificó el numeral 1º del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, en el sentido de indicar que procede la detención preventiva en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados -disposición idéntica a la que ahora regula el numeral 1º del artículo 313 de la Ley 906 de 2004-, como quiera que "es de competencia del legislador determinar los casos en que procede la detención preventiva, en razón de la comisión de ciertos delitos, según la naturaleza y gravedad de éstos, o en los casos de flagrancia, o atendiendo las circunstancias en que ellos ocurrieron, o de los antecedentes del procesado, etc"

44. Está claro, en consecuencia, de un lado, que el legislador tiene libertad de configuración de las medidas preventivas de aseguramiento y, de otro, que el solo hecho de que el legislador hubiere considerado necesario y adecuado imponer medida de detención preventiva en establecimiento carcelario a quién hubiere sido objeto de otra captura dentro del año anterior, no viola la presunción de inocencia.

45. Ahora bien, dentro de los criterios que la ley ha tenido en cuenta para que proceda la detención preventiva, y que, como se vio, la Corte consideró válidos constitucionalmente, son el interés a proteger, la gravedad de la conducta, la situación del procesado y el grado de convicción de que el imputado o el acusado sea el responsable de la conducta investigada. Sin embargo, también ha dicho esta Corporación, que esos criterios no deben operar de manera silogística o mecánica, pues la ley debe permitirle al juez un margen de valoración para analizar circunstancias objetivas -exigencias fácticas y jurídicas- y subjetivas, tales como la personalidad, edad y condiciones socioeconómicas del imputado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 308 a 314 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, la Corte dijo con anterioridad:

"la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurría siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales

que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

El concepto de detención preventivo tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (Artículo 28 de la C.P.) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones.<sup>62</sup>

En tal virtud, el señalamiento legal de las medidas restrictivas de la libertad no le puede impedir al juez realizar juicios de valor de carácter jurídico y fáctico sobre la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la detención preventiva.

46. En esta oportunidad, el legislador adoptó como criterio de valoración para que el juez pueda imponer la medida preventiva de detención en establecimiento carcelario, la existencia de una captura dentro del año anterior a la nueva captura. Piénsese en una persona que había sido capturada y queda en libertad porque el delito por el que se investiga o juzga no tiene un mínimo de pena superior a 4 años, o la cuantía del bien que había sido objeto de defraudación no excedía de 150 salarios mínimos legales, o porque el juez no se encontró méritos para que continúe privado de la libertad y, dentro del año siguiente nuevamente fue objeto de captura, ya sea en flagrancia o mediante orden judicial. En sentido escrito, entonces, la regulación demandada se refiere a situaciones en las que, en el término de un año, una misma persona ha sido objeto de dos capturas por hechos ilícitos distintos en los que se considera razonablemente que ha sido autor o partícipe del mismo.

47. Sin embargo, cabe precisar que, contrario a lo afirmado por los demandantes, la Sala considera que la norma acusada no se refiere a las capturas previamente declaradas ilegales, por la sencilla razón de que esa decisión judicial produce como consecuencia la nulidad de la medida, esto es, para efectos del debido proceso penal, hace desaparecer del mundo jurídico la decisión que resulta contraria a la Constitución y a la ley. Luego, no parecería razonable que el juez que analiza la procedencia de la medida de aseguramiento tenga en cuenta elementos que salieron del ordenamiento jurídico por considerarse contrarios a los derechos y principios mínimos que regula la Constitución y la ley, ni que el juez encargado de proteger los derechos afectados con el proceso penal sea el que imponga una consecuencia legal -la detención preventiva en establecimiento carcelario- a un supuesto ilegal -la captura arbitraria-, pues la norma acusada simplemente regula una nueva hipótesis de detención preventiva en establecimiento carcelario y no de detención domiciliaria.

No obstante, si es cierto que la norma acusada autoriza al juez de control de garantías a valorar la captura previa que a pesar de que fue declarada legal no condujo a la acusación, o la captura que produjo acusación sin detención preventiva y aún no se ha proferido sentencia definitiva y muchos casos más en los que el proceso penal continúa sin restricción de la libertad y no se hubiere producido la preclusión o absolución en el caso precedente. Esas son, precisamente, las situaciones que originan el presente juicio de constitucionalidad y que sencillamente se refieren a la ocurrencia de dos hechos delictivos que se imputan a la misma persona en un mismo año.

48. Así las cosas, la Sala encuentra razonable que, dentro de las valoraciones de política criminal, el legislador hubiere considerado la captura precedente en el año anterior como un criterio que debe tener en cuenta el juez para imponer la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario, por las siguientes dos razones:

Es lógico suponer que dos capturas en el mismo año a la misma persona podría ser un indicador de la necesidad de la medida privativa de la libertad no sólo para evitar la multiplicación del delito o la dedicación asidua a la realización de conductas reprochables penalmente que implican un claro peligro para la sociedad, sino para evitar la fuga o la obstrucción de la justicia por parte de quién ha demostrado tener cierto desprecio por la administración de justicia. Por lo tanto, esa medida podría ser un instrumento útil y eficaz para proteger los derechos de la sociedad y de las víctimas.

Por otra parte, no debe olvidarse que la norma acusada regula casos válidos de privación legítima de la libertad, la cual sólo puede producirse en dos situaciones: la primera, cuando el autor o partícipe de un delito fue capturado en flagrancia y, la segunda, por orden escrita del juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Luego, el juez de control de garantías evalúa una situación objetiva y verificable que consiste en la "repetición" de conductas reprochables penalmente en un término bastante reducido, la cual puede ser valorada por el juez como un elemento relevante de la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva.

49. Finalmente, es importante precisar que, contrario a lo dicho por uno de los intervenientes, la Sala no considera válido aplicar en esta ocasión los criterios adoptados en la sentencia C-774 de 2001<sup>63</sup>, según la cual procedía la posibilidad de que el juez valore la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la detención preventiva en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y la ley, pues se resolvió problemas jurídicos distintos a los que ahora debió estudiar la Corte.

Por lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 1142 de 2007.

Artículo 27, parágrafo, de la Ley 1142 de 2007. Cosa juzgada constitucional

50. La norma parcialmente acusada dispone que el juez no podrá sustituir la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria cuando se trata de la imputación de los delitos específicamente señalados en ese listado.

La demanda sostiene que el texto normativo acusado limita la facultad que tiene el juez para decidir si impone o no la medida restrictiva de la libertad en un centro carcelario o en el domicilio del imputado, con lo que se afecta el núcleo esencial del derecho a la libertad. De igual forma, dijo que esta norma consagra fórmulas cerradas para determinada clase de delincuencia, lo cual, de acuerdo con las sentencias C-327 de 1997 y

C-774 de 2001, es contrario a la Constitución. A su turno, el Instituto de Derecho Procesal también considera que la norma acusada es inconstitucional, en tanto que limita beneficios y condiciones favorables al imputado por circunstancias ajenas al acto que se imputa.

Por el contrario, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Academia Colombiana de Jurisprudencia consideran que la norma acusada se ajusta a la Constitución, de un lado, porque, tal y como lo ha advertido la Corte Constitucional en sentencias C-425 de 1997, C-634 de 2000 y C-106 de 1994, el legislador está facultado para restringir la aplicación del beneficio de la prisión domiciliaria y, de otro, porque esa norma debe interpretarse de manera integral con las condiciones que exige la ley para imponer la medida, pues la decisión judicial se toma cuando la detención es necesaria y existe un mínimo de indicios que indiquen la autoría o participación del imputado en el ilícito investigado.

El Ministerio Público solicitó a la Corte inhibirse para pronunciarse de fondo en este asunto porque considera que la demanda es inepta porque el cargo formulado es insuficiente y confuso.

51. Esta Corporación estudió la constitucionalidad del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, que es la norma ahora demandada y, mediante sentencia C-318 del 10 de abril de 2008, resolvió declarar su exequibilidad "en el entendido de que el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamentalmente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial, respecto de las víctimas de delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007".

Para llegar a esa conclusión, la Corte estudió la demanda formulada por un ciudadano que dijo que el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, vulnera los artículos 1º, 2º, 5º, 28, 29, 44 y 93 de la Constitución y el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En lo pertinente, la sentencia C-318 de 2008, resumió los cargos de inconstitucionalidad así:

"Al exponer el concepto de violación, el accionante sostiene que el enunciado normativo demandado, al negar la sustitución de la detención preventiva en centro penitenciario por la detención domiciliaria para un grupo específico de delitos, vulnera la Carta Política, al restringir el derecho fundamental a una medida de aseguramiento proporcional, racional y necesaria. Por otra parte, el demandante considera que se produce una afectación directa a la libertad personal (art. 28 C.P.), la presunción de inocencia (art. 29 C.P.), los derechos de los niños (art. 44 C.P.), la excepcionalidad de la detención preventiva (art. 250 C.P.) y la dignidad humana (arts. 1º y 5º C.P.). Estos son los argumentos de la demanda:

1. El legislador, al establecer un listado de conductas frente a las cuales no procede el beneficio de sustitución de la detención penitenciaria, por detención domiciliaria, realiza una objetivización de los casos penales, sustrayendo al juez de control de garantías, la posibilidad de imponer una medida acorde a las circunstancias de cada caso, de acuerdo con su valoración. El papel activo del juez en la determinación de la procedencia de las medidas de aseguramiento, es una concreción de los preceptos contenidos en los artículos 1º, 2º, 5º, 28 y 29 de la Constitución...".

2. La disposición desconoce el respeto por la dignidad humana, en la medida en que prescribe el internamiento de una persona en un centro carcelario a partir de una norma fría y abstracta, sin reparar en la necesidad de la medida, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Por esta vía, se llega a un derecho penal peligrosista y de mayor rigor, pues la persona que incurra en cualquiera de las conductas previstas en el párrafo acusado, se considera dañina para la sociedad, situación que resulta ajena a la presunción de inocencia, (artículo 28 C.P.), al principio de excepcionalidad de la detención preventiva (artículo 250 C.P.), y a los principios humanistas recogidos en el artículo 1º de la Constitución...".

Como puede verse, los cargos planteados en la demanda anterior y que fueron resueltos por esta Corporación mediante sentencia definitiva, son muy similares a los que en esta oportunidad presentan los demandantes como sustento de su pretensión de inexequibilidad del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, por lo que claramente se tiene que existe cosa juzgada constitucional.

52. Así las cosas, para la Sala es claro que, respecto del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que impide un nuevo pronunciamiento de fondo, por lo que la Sala se estará a lo resuelto en la sentencia C-318 de 2008.

Artículo 32 de la Ley 1142 de 2007. La reincidencia como criterio objetivo para excluir de beneficios y subrogados penales.

53. La disposición normativa acusada excluye de beneficios y subrogados penales sustitutivos de la pena privativa de la libertad o de la prisión en establecimiento carcelario cuando la persona hubiera sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena penal.

Según criterio de los demandantes la norma acusada vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución, como quiera que sanciona dos veces por una misma causa y fundamenta su decisión en criterios de peligrosismo penal. Dijeron, además, que la disposición es irrazonable especialmente en relación con personas precisas como madres cabeza de familia, enfermos o mujeres embarazadas. En la misma línea de lo expuesto en anterioridad, el Instituto de Derecho Procesal opina que la norma acusada es inconstitucional, en tanto que limita beneficios y condiciones favorables al imputado por circunstancias ajenas al acto que se imputa.

Los demás intervenientes y el Ministerio Público, por el contrario, consideran que la norma acusada debe ser declarada exequible, principalmente por tres argumentos. El primero, porque tal y como lo advirtió la Corte en sentencia C-762 de 2002, la exclusión de beneficios y subrogados penales hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador. El segundo, porque es razonable tener en cuenta la reincidencia como un factor objetivo que exige el cumplimiento total de la pena. Y, finalmente, porque es la diferencia entre quienes no han sido condenados

dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena y quienes si lo han sido no es gratuita y, por el contrario, estos últimos muestran desprecio por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Sala deberá estudiar si la reincidencia puede ser tenida como criterio para excluir de subrogados y beneficios penales al sujeto activo del delito?. Para resolver los problemas jurídicos planteados, deberá analizarse si en la punibilidad es válido constitucionalmente el análisis de la reincidencia y si es cierto, entonces, como dicen los demandantes que la norma acusada autoriza una doble sanción por el mismo hecho o la aplicación del peligrosismo penal.

54. Los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena y los beneficios con los cuales se sustituye una pena restrictiva por otra favorable, han sido regulados en los diferentes estatutos procesales en provecho de las personas que han sido condenadas en los casos expresamente definidos por la ley. Como lo ha advertido la Corte<sup>64</sup>, estos beneficios tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente.

55. Ahora bien, al igual que sucede con la imposición de medidas de aseguramiento, los requisitos para decretar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y los beneficios a favor del condenado hacen parte de la libertad de configuración normativa del legislador porque constituyen elementos fundamentales del debido proceso penal y responden a las evaluaciones propias de la política criminal del Estado.

Así, se observa en las normas legales que regulan los subrogados penales y los beneficios a favor del condenado (artículos 63 a 68 de la Ley 599 de 2000 y 465 a 476 de la Ley 906 de 2004), que el legislador ha utilizado diversas pautas para aplicarlos, dentro de los cuales se encuentran criterios subjetivos que surgen de la personalidad del sentenciado y criterios objetivos que se verifican con la constatación de la pena impuesta y de su cumplimiento efectivo; todos ellos dirigidos a suponer que no existe necesidad de continuar con la pena, o que no se requiere imponer su ejecución, o que no resulta necesaria la restricción de la libertad en los términos más gravosos porque existen elementos de juicio suficientes para concluir que la limitación de los derechos del sentenciado ha cumplido su función de reinserción a la sociedad.

Dentro de los criterios de valoración de la personalidad del condenado, el legislador ha señalado la existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, de tal suerte que si éstos resultan favorables en el sentido general de aceptación social, el sentenciado puede tener derecho a que se le concedan los beneficios indicados en la ley. Pero, de la misma manera, de la valoración sobre la personalidad del condenado, o de la gravedad de la conducta punible, o de la buena conducta del sentenciado, el juez puede concluir que la pena aún es necesaria o que debe mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad.

56. Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior. Esta figura ha sido utilizada por la ley como criterio de agravación de la punibilidad, pero también como criterio de exclusión de subrogados penales o de beneficios al sentenciado como instrumento de endurecimiento de los privilegios que le da la ley a quién no dio muestras de resocialización con la imposición de una pena anterior -como es el caso de la norma objeto de estudio-.

En conclusión, la exclusión de beneficios y subrogados penales sustitutivos de la pena privativa de la libertad o de la prisión en establecimiento carcelario cuando la persona hubiera sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena penal, desarrolla el principio de la libre configuración normativa del legislador y se ajusta a la Constitución porque contiene una medida razonable y adecuada constitucionalmente.

57. Pero, además de las razones expuestas, la Sala considera necesario exponer dos argumentos adicionales para el caso concreto que permiten reforzar la conclusión que indica la legitimidad de la medida. De un lado, a diferencia de los casos en los que la reincidencia es criterio de análisis en la punibilidad, la exclusión de los beneficios o de subrogados penales, se ubica en el deber de cumplir en forma completa la pena impuesta. Luego, en el caso concreto, no se aplica el principio del non bis in idem por cuanto éste sólo tiene validez cuando se trata de dos sanciones que se imponen por el mismo acto. De otro lado, no debe olvidarse que el concepto de antecedentes penales y contravencionales, regulado en el artículo 248 de la Constitución, está destinado a producir efectos jurídicos que pueden ser tenidos en cuenta por las autoridades públicas como criterio de exclusión o limitación de determinados privilegios.

En síntesis, para la Sala, no existe limitación constitucional en la incorporación de la reincidencia para excluir de los subrogados penales o beneficios a condenados, pues como se explicó la adopción de esas medidas es una facultad libre del legislador que no contradice las normas constitucionales.

Por todo lo anterior, la Sala declarará la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la totalidad de la Ley 1142 de 2007, por el cargo de violación del artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o la persona haya sido capturada en flagrancia" contenida en el artículo 4º de la Ley 1142 de 2007.

Tercero. ESTARSE A LO RESUELTO en sentencia C-318 del 10 de abril de 2008, por medio de la cual resolvió declarar la exequibilidad del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, "en el entendido de que el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial, respecto de las víctimas de delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007".

Cuarto. Declarar INEXEQUIIBLES las expresiones "...formular imputación, solicitar imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que considere procedentes..." y "En este caso...", contenidas en el párrafo primero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007 y EXEQUIBLE el resto del párrafo 1<sup>o</sup>, en el entendido de que en esta hipótesis, se interrumpe la prescripción.

Quinto. Declarar INEXEQUIBLE el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 1142 de 2007.

Sexto. Declarar EXEQUIIBLES los artículos 26 y 32 de la Ley 1142 de 2007, por los cargos analizados en esta sentencia.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO Y ACLARACION

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MÉNDEZ

Secretaria General

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia C-1052 de 2001.

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

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

4 Sentencia C-1052 de 2001

5 Puede verse la Sentencia C-269 de 1995.

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

7 Sentencia C-504 de 1993.

8 Sentencias C-242 de 2006, C-402 de 2007, C-1299 de 2005, C-048 de 2006 y C-1194 de 2005.

9 Gaceta del Congreso número 250 del 26 de julio de 2006.

10 Entre otras, pueden consultarse las sentencias C-025 de 1993, C-03 de 1993, C-188 de 1994 y C-047 de 2001.

11 Sentencia C-025 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

12 Sentencia C-801 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

13 Sentencia C-646 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 Francesco Carnelutti dijo que la querella es un permiso para que el funcionario competente pueda dar impulso a la investigación penal, es una simple condición de iniciación del proceso y no de comprobación o de existencia del delito. A su juicio, "si el permiso es un evento sin el cual el juez no puede dejar de proceder a la comprobación del delito, es justo llamarlo una condición de procedibilidad; más correctamente se diría una condición a la cual está subordinada la eficacia del procedimiento". Lecciones sobre el Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y cia editores. Buenos Aires. 1950. Página 31.

15 Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-658 de 1997, C-489 de 2002 y C-1177 de 2005.

16 Sobre las críticas a la posición superada de que la querella es un requisito de punibilidad del delito, también puede verse Florian, Eugenio en Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Clarasó Villarreal. Barcelona. Página 194 y siguientes.

17 Sentencia C-658 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

18 Al respecto: sentencia C-658 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 En este sentido: sentencia C-489 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil

20 Sentencia C-1177 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

21 Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

22 En este sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-591 de 2005, C-251 de 2002, C-024 de 1994.

23 Sentencia C-251 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández

24 Sentencias del 9 de febrero de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero, expediente 23700 y del 28 de noviembre de 2006, M.P. Marina Pulido de Barón, expediente 26231.

25 Al respecto puede consultarse Fenech, Derecho Procesal Penal. Edición 32. Tomo I. Editorial Barcelona Labor. 1960, Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. Bogotá.

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de febrero de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero, expediente 23700.

27 Al respecto, ver las sentencias C-488 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-1110 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto

28 Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Informe del 5 de mayo de 1983. Coloza y Rubinat

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de junio de 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo, expediente 20614.

30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de febrero de 2006. M.P. Alfredo Gómez Quintero, expediente 23700.

31 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de junio de 2005. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, expediente 19915

32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de septiembre de 2005. M.P. Edgar Lombana Trujillo, expediente 18985.

33 Al respecto, pueden verse las sentencias del 12 de febrero de 1985. Caso Colozza contra Italia; del 28 de agosto de 1991. Caso FCB contra Italia; del 23 de noviembre de 1993. Caso Poitrimol contra Francia; del 22 de septiembre de 1994. Caso Pelladoah contra Holanda y del 16 de diciembre de 1999. Casos T. y V. contra Reino Unido.

34 Sentencia C-025 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

35 Sentencia C-210 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

36 Sentencia C-069 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell

37 Sentencia C-228 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa.

38 M.P. Carlos Gaviria Díaz

39 M.P. Fabio Morón Díaz

40 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

41 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1999.

42 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

43 Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

44 Además de las citadas en el fundamento jurídico 22 de esta providencia, ver las sentencias T-945 de 1999, C-488 de 1996 y T-1110 de 2005.

45 Al respecto, Sentencias del 18 de mayo de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla, expediente 22150, del 22 de septiembre de 2005, M.P. Edgar Lombana Trujillo, expediente 18985 y del 20 de noviembre de 2006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, expediente 21902

46 Sentencia del 18 de mayo de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla, expediente 22150.

47 Entre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-557 de 2001, C-1255 de 2001, C-128 de 2002, C-426 de 2002, C-380 de 2000 y C-836 de 2001.

48 Sentencia C-251 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

49 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

50 M.P. Álvaro Tafur Galvis

51 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

52 En esa oportunidad, la Corte declaró la inexequibilidad de la Ley 684 de 2001, "Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones", mientras que la institución de los jueces de control de garantías fue creada por el Acto Legislativo número 3 de 2002 y desarrollada en la Ley 906 de 2004.

53 Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias C-634 de 2000, C-774 de 2001, C-805 de 2002 y C-591 de 2005.

54 Sentencia C-106 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

55 Sentencia T-827 de 2005, Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto.

56 Sentencia C-416 de 2002.

57 Ibídem.

58 En la ya citada sentencia T-827 de 2005.

59 Sentencias C-106 de 1994 y Sentencia T-827 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

60 Sentencia T-331 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Treviño.

61 Sentencias C-873 de 2003, C-1154 de 2005 y C-154 de 2007.

62 Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

63 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

64 Al respecto: sentencias C-565 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara y C-806 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

---

*Fecha y hora de creación: 2026-01-11 10:20:00*