

Bogotá, D.C., nueve de Septiembre 2009.

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Ciudad
E. _____ S. _____ D. _____

REFERENCIA: Oficio No. 2231 de 20 de agosto 2009, atinente al expediente D-7832, Leyes 1142 de 2007 y 906 de 2004 artículos, 17 (parcial), 112, 357, 362, 397, 415, 438, 450 y 454.

Muy distinguidos, Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia dirigida al Dr. **RODRIGO NOGUERA CALDERÓN**, gustosamente, procedo a emitir el concepto solicitado al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, a cuyo efecto me ocuparé —en su orden— de cada una de las problemáticas planteadas por el demandante.

I. LOS ASUNTOS PLANTEADOS

A través de escrito sin fecha, el día nueve de julio de 2009 se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 17 (parcial), 112, 357, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley

906 de 2004, por cuya virtud el petente solicita que “se declare la inexequibilidad de las normas demandadas” (folio 22).

A. DE LOS ARTÍCULOS 17 Y 454 DE LA LEY 906 DE 2004. El tenor de ambos textos es como sigue.

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

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

Como se infiere de los apartes subrayados, el demandante entiende que ellos “*violan el art. 29 Constitucional*” (folio 2); no obstante, un análisis detenido del escrito demuestra que del mismo no se infiere un verdadero ataque que ponga a tambalear la Carta Fundamental.

Al respecto, debe decirse lo siguiente: si bien es verdad que el C. P. P. formula, entre otros, como criterio general el apotegma de concentración, no es menos cierto que el legislador establece circunstancias excepcionales por

cuya virtud una actuación puede ser suspendida; se trata, como se dijo, de una excepción que demanda un estándar muy particular: ha de tratarse de “*situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa*”. Desde luego, lo deseable es que el juicio oral se lleve a cabo de manera continúa, empero el hecho de que éste se pueda excepcionalmente suspender —y no por cualquier causa— en nada contraviene la textura de la Ley de Leyes, máxime si las razones invocadas tocan con aspectos atinentes a la aplicación de la norma.

Es más, recuérdese que la Corte Constitucional, en un asunto que también toca con el principio de concentración —concretamente el problema de la práctica de la inspección judicial por fuera del recinto de audiencia—, sostuvo:

*“Los requisitos que se establecen para que proceda la práctica de una inspección judicial por fuera del recinto circunscriben su incidencia en el principio de concentración a un mínimo. Lo anterior, pues no se trata de un límite que se ha establecido como una regla general sino como una circunstancia excepcional que solo procede cuando no existe otra alternativa para llegar al conocimiento de los hechos que se requiere establecer y estos hechos son indispensables para efectuar el juicio de responsabilidad. Por lo tanto, las normas acusadas no son inconstitucionales por este concepto”*¹.

Así, pues, el legislador prevé la existencia de circunstancias que pueden ameritar, razonadamente y de manera excepcional, la suspensión del juicio oral; a la inversa, pretender que de manera infranqueable se surtan juicios

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05.

orales ante razonables circunstancias que imposibiliten su trámite, no sólo soslaya la realidad sino que, de paso, obliga a los funcionarios judiciales a adelantar causas criminales en un escenario inadecuado.

En fin, en plan de controvertir la pretensión esgrimida por el demandante, todavía cabría objetar que los cuestionamientos de corte práctico que él pone de presente (cfr. folio 3 del expediente) en ningún caso son razones de peso como para, a partir de ellas, edificar un cargo por la posible inconstitucionalidad de los textos atacados. En otra forma expresado: no es con base en supuestas dificultades para la aplicación de una normatividad como, a la hora de hacer una confrontación entre una norma de rango inferior y la Carta, se puede edificar un cuestionamiento por inconstitucionalidad. La Corte, pues, debe declararse inhibida de pronunciarse en relación con los cargos formulados a los arts. 17 y 454, porque el demandante no estructuró ataques serios y fundados contra los apartes correspondientes de ambas disposiciones, razón por la cual resulta improcedente cualquier examen de fondo en torno suyo.

B. DE LOS ARTÍCULOS 112 Y 357 DE LA LEY 906 DE 2004. Ambas normas disponen lo siguiente:

Artículo 112. *Actividad probatoria.* El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y

cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código.

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

Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

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

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

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

Para el petente los apartes subrayados de ambas disposiciones comportan, a no dudarlo, no sólo el quebrantamiento del debido proceso legal sino del principio de igualdad de armas, además enuncia enormes dificultades de orden práctico suscitadas por la posibilidad de que el Ministerio Público —¡apenas un mero interviniente en el proceso penal!— solicite la práctica de pruebas en el preludio del juicio oral.

Para referirse a ese cargo, bien vale la pena —en primer lugar— resaltar lo que ha dicho la propia Corte Constitucional al ocuparse del principio de igualdad de armas para, a partir de allí, extraer las conclusiones a las que haya lugar:

“En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes”².

Por supuesto, la dificultad que emerge de lo planteado es la atinente a precisar si, en efecto, con la potestad que la Ley le asigna al Ministerio Público se vulnera o no ese tan caro principio. Al respecto, se observa con toda claridad que la solicitud de pruebas en cabeza del representante de dicha agencia — que, recuérdese, no es parte en el proceso— comporta un innegable

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-396/07.

desequilibrio en el esquema procesal de tendencia acusatoria, adoptado por el constituyente; lo anterior, habida cuenta de que dados los principios informantes de la práctica de pruebas —por ejemplo, el de la pertinencia— cualquier solicitud probatoria de su parte estará dirigida a desequilibrar la balanza a favor y, de contera, en contra de alguna de las verdaderas partes en el proceso penal.

Es más, cabe añadir, la prueba cuya práctica solicite el Ministerio Público implicará dar mayor sustento a una de las dos teorías del caso o, lo que es peor aún, podrá dar pié a una tercera cuya urdimbre y trama proviene de un sujeto que es un mero convidado en el proceso. Recuérdese que el Ministerio Público podrá, al tenor del precepto demandado, solicitar la *“prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”*, por lo cual se deberá tratar —ni más ni menos— de un instrumento de cognición que tenga esencial influencia en los resultados del juicio lo que, sin duda, se traduce en soportar y, a la vez, desvirtuar una de las teorías del caso.

Pero, en segundo lugar, no son sólo dificultades de orden teórico como las mostradas —de las cuales se infiere que **el legislador al expedir la Ley 906 de 2004 ideó una estructura del proceso penal que difiere de la diseñada por el constituyente**— sino, también, insalvables obstáculos prácticos los que

llevan a clamar por la necesaria exclusión de esta potestad probatoria en cabeza del llamado agente del Ministerio Público.

En efecto, de un lado, la ley procesal penal es clara al señalar que “...*el juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa*”³, sin que por ningún lado se mencione la prueba del Ministerio Público que, después de todo, no es parte en el proceso penal; por ello, cabe preguntar: ¿dónde se ubica la prueba solicitada por el Ministerio Público, en las que ofreció la Fiscalía o en las esgrimidas por la Defensa, o se trata de un tercer momento probatorio?

Así mismo, de otro lado, las dificultades también se observan en otros frentes: de cara a la prueba testimonial, el Art. 391 del C.P.P. establece que “*Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, **en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba.** Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante*” (resaltado fuera del texto). Así las cosas, si el Ministerio Público que no es parte a la luz del modelo de tendencia acusatoria diseñado, es quien ofrece la prueba cabe preguntar cuál va a ser su papel en este entramado; en otros términos: ¿Quién ha de preparar al testigo? ¿Quién debe adelantar el interrogatorio? ¿Quién es

³ Cfr. Art. 362 C.P.P.

el llamado a acreditar al testigo? Por supuesto, si el Ministerio Público es el que lo hace se estaría arrogando facultades que sólo le competen a quien sea parte, no a un simple interviniente.

Es más, cabe preguntar, qué ocurre en relación con el contrainterrogatorio; al respecto, recuérdese, el C.P.P. establece que “...*si lo desea, **la parte distinta a quien solicitó el testimonio**, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo*” (resaltado fuera del texto). A este respecto, en primer lugar, bien vale la pena preguntar: ¿cuál es “la parte distinta” a que hace alusión el legislador: la Fiscalía o la Defensa, o, acaso, el Ministerio Público podrá ubicarse en el mismo lado del tinglado? Por consiguiente, cabe de nuevo indagar: ¿quién es el encargado de llevar a cabo el contrainterrogatorio en estos casos —pieza y destreza fundamental en el paradigma de tendencia acusatoria—?

En esa misma línea de razonamiento, también cabe indagar quién puede impugnar la credibilidad del testigo⁴? En otras palabras: ¿a quién le compete formular las objeciones frente a las preguntas confusas o capciosas que haga el Ministerio Público en su interrogatorio o, para plantear otra hipótesis, será que

⁴ Cfr. Art. 403 C.P.P.

ese convidado al proceso podrá preguntar sin atender a los postulados sobre la materia⁵?

Los anteriores son, Honorables Magistrados, apenas algunos de los problemas que la materia debatida plantea y a partir de los cuales se puede concluir que el panorama en este ámbito es bastante sombrío. Con todo, precisa advertir que si la prueba solicitada por el Ministerio Público es pericial —amén de los anteriores e insalvables tropiezos, toda vez que “...*al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio*”⁶— se debe observar la siguiente regla: el Art. 413 del C. P. P. sostiene que “(l)as **partes** podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, **acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito**” (resaltado fuera del texto). Desde luego, en este entramado es claro —como tantas veces se ha dicho— que el Ministerio Público no es parte; sin embargo, cabe preguntar, si él solicita la práctica de una prueba pericial deberá presentar el informe del perito de su confianza (¿?), acompañado del certificado de idoneidad.

Finalmente, téngase en cuenta, si se trata de un instrumento de cognición documental el Ministerio Público tiene que solicitar, además, como prueba el testigo de acreditación con el cual va a introducir dicho instrumento de

⁵ Cfr. Art. 392 C.P.P.

⁶ Cfr. Art. 405 C.P.P.

cognición en curso del juicio oral; también, puede suceder que él quiera llevar a juicio una evidencia física lo cual requiere de testigos de acreditación para su incorporación en la vista pública, todo lo cual obliga a que ese Agente del Ministerio Público deba contar con un cuerpo de investigadores, con los cuales pueda introducirla en el juicio. Esta última hipótesis, Honorables Magistrados, tiene pleno asidero en la realidad habida cuenta de que la norma permite la solicitud de prueba “*que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio*” y, por ende, no se puede descartar de tajo la posibilidad de que se trate de una evidencia física.

Llegados a este punto de la reflexión cabe señalar como son múltiples los escollos que imposibilitan, *ab initio*, al Ministerio Público ejercer la facultad de solicitar la práctica de pruebas, todos ellos sustentados en una misma realidad: **el Ministerio Público no es ni puede ser parte dentro de la actuación procesal diseñada por el constituyente**, por lo cual no se le pueden otorgar prerrogativas exclusivas de las partes, así se quiera —como con profunda ligereza se ha dicho— implantar un sistema acusatorio “a la colombiana”. Esta conclusión se hace más evidente cuando se piensa que esa potestad legal no encuentra ningún amparo en la Carta Fundamental (cfr. Art. 277) todo lo cual, por supuesto, hace que la totalidad del tenor de las disposiciones cuestionadas por el demandante —y no sólo los apartes por él objetados— aparezcan en pugna abierta con la Carta Fundamental que, ni por asomo, soporta el diseño procesal empotrado por el legislador de 2004. Dígase

una vez más: Los arts. 112 y 357, en su totalidad, son contrarios a la Constitución en cuanto posibilitan una estructura del proceso que no es la diseñada por la Ley de Leyes y, así, lo debería declarar la Corte al extender a los dos textos en su integridad el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

C. DEL ARTÍCULO 245 DE LA LEY 906 DE 2004. El texto cuestionado es de este tenor:

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

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

Mirada la demanda se constata, Honorables Magistrados, que el problema jurídico planteado consiste en determinar si el “*cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos*”, como dice la ley, requiere o no de un

control judicial *ex ante* so pena de quebrantar el debido proceso, el derecho a la intimidad y el canon 250 de la C.N o si, por el contrario, tal y como lo prevé la norma objeto de ataque, es constitucionalmente admisible el control judicial *ex post* por parte del Juez de Control de Garantías.

Al respecto y antes de discurrir en torno a la dinámica que el problema suscita, es menester recordar que el inciso 2º de la disposición cuestionada ya fue objeto de una anterior acción pública de inconstitucionalidad y, en consecuencia, fue declarado condicionalmente exequible mediante la Sentencia C-025-09, “...*siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita*”.

No obstante, debe recordarse que el problema jurídico que otrora resolvió la Corte giró en torno a referentes muy distintos de los que hoy convidan nuestra atención; en efecto, en la sentencia mencionada el asunto debatido consistió en determinar si se vulneraban o no los derechos a la defensa, a la igualdad y al debido proceso penal, consagrados en la Constitución Política y en los tratados de derechos humanos, cuando no se le permite al indiciado y a su defensor

participar en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias. Esta problemática, por supuesto, en nada se parece a la que se plantea por parte del demandante.

Así las cosas, amén de las precisiones anteriores, también es necesario recordar que sobre el derecho a la intimidad en el proceso penal la Corte Constitucional ha señalado con claridad lo siguiente:

“El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. **El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado.** Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del artículos 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales”⁷.

Así las cosas, si se entiende como lo hace la Honorable Corte Constitucional que la información genética del indiciado o imputado que reposa en bancos de

⁷Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-336/07.

esperma y de sangre, así como las muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, hace parte de su esfera íntima, por añadidura se debe señalar que el cotejo de los mismos debe estar precedido de un control judicial. En conclusión: con base en los razonamientos precedentes es competente entender que para adelantar el “...cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos”, **necesariamente se requiere de ORDEN JUDICIAL PREVIA por tratarse de información reservada a la esfera personal del individuo.** Dicho de otra forma: de no entenderse la disposición en dicho sentido ella devendría contraria a la Carta Fundamental.

D. DE LOS ARTÍCULOS 362 Y 397 DE LA LEY 906 DE 2004. Las dos disposiciones señalan:

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

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

En relación con el primero de los artículos transcritos, es claro que el eje de discusión se concreta en la supuesta vulneración del principio de imparcialidad, al atribuir al juez la facultad de decidir el orden de presentación de la prueba y la posibilidad de hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

En este punto debe decirse, de entrada, que no se evidencia ninguna vulneración al apotegma de imparcialidad; si bien el juez en el actual modelo procesal ostenta una postura pasiva, ello no quiere decir que se le hayan coartado todas las prerrogativas que como rector del proceso le competen. Así, entonces, la facultad de establecer el orden de práctica de la prueba para nada incide en la imparcialidad de un juez; dicho de otra forma: el juez debe dar agilidad, orden y coherencia al proceso penal y para cumplir esos cometidos el legislador le atribuye competencias y funciones que, como ésta, distan en gran proporción de quebrantar su imparcialidad. También es claro que nada impide, y así se estila, que las partes sugieran al juez el orden de presentación de la prueba y éste acceda a dichas peticiones.

Análogamente, cabe afirmar que la potestad dada al juez por el artículo 397 — que, por algo, se intitula como “INTERROGATORIO POR EL JUEZ”— de hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, no atenta contra la imparcialidad en la medida en que se trate de interrogantes complementarios. Desde luego, lo que no puede ocurrir —y ello no es problema de la norma sino de la mala práctica—, es que el juzgador se

convierta en un interrogador compulsivo y, por esta vía, termine asumiendo la postura de una de las partes en contravía de la necesaria ponderación y el equilibrio procesal; en estos eventos, desde luego, se debe acudir a los remedios procesales que la ley prevé.

De todas maneras, debe quedar muy en claro que la posibilidad de hacer preguntas es residual por tratarse de interrogantes **complementarios** y que su finalidad está limitada por el **cabal entendimiento** del asunto y no de la demostración de una u otra teoría del caso. Si el juez desborda estos diques que la norma prevé, afecta irremediablemente la imparcialidad que es sin duda su única compañera.

Ahora bien, en el entendido de que el Ministerio Público es un sujeto que, como tantas veces se ha dicho, no tiene la calidad de parte y que la propia Constitución no le ha dado la posibilidad de intervenir en la práctica de las pruebas —¡pues esa potestad se deriva de una inconsulta invención del legislador!— porque con ello se desvertebra el esquema constitucional del proceso penal como tantas veces se ha advertido a lo largo de este escrito, parece evidente que el apartado de la norma demandada en cuanto le posibilita a ese interviniente “**hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso**”, deviene claramente inconstitucional.

E. DEL ARTÍCULO 415 DE LA LEY 906 DE 2004. Señala la disposición:

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

Dice el demandante que: “...*la norma anterior viola claramente el art. 29 Constitucional, al propiciar que el ente acusador no haga descubrimiento de la prueba dentro de la oportunidad procesal*” (folio 18). Al respecto, es menester advertir que el aparte resaltado no quebranta la C.N. como se aduce.

En efecto, en primer lugar, porque la obligación de entregar el informe —base de la opinión pericial— es un acto que le compete tanto a la Fiscalía como a la Defensa en los casos en que una de ellas solicite la práctica de una prueba pericial y no, como erradamente afirma el demandante, que solo le corresponda al ente acusador. Así mismo, en segundo lugar, debe recordarse que se trata de un acto posterior al descubrimiento probatorio —que se presenta en la audiencia de acusación o en la preparatoria—, habida cuenta de que en dicho estanco procesal la Fiscalía y la Defensa establecen, en términos de descubrimiento, las pruebas que van a hacer valer, de donde se colige que si se solicita la práctica de una prueba pericial en dicha audiencia es porque las partes conocen de la misma.

Además, en tercer lugar, la base de la opinión pericial es un acto posterior al descubrimiento y anterior al juicio oral que debe ser llevado a cabo para que la prueba pericial sea válida y se garantice, de paso, la plena contradicción en el debate probatorio.

Por lo dicho, pues, la norma se ajusta de forma cabal a la Constitución.

F. DEL ARTÍCULO 438 DE LA LEY 906 DE 2004. Dispone el texto lo siguiente:

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

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

El centro de discusión planteada por el petente gravita, en este caso, en torno a la expresión subrayada y resaltada: “*evento similar*” que, a su juicio, “*rompe el debido proceso penal*” (folio 20).

En este contexto se debe decir que la norma en su aparte resaltado no comporta vulneración alguna al Texto Superior; a la inversa, lo que se evidencia en relación con ella y que, infortunadamente, no ha sido el camino elegido por el demandante, es alguna errada interpretación de la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [al respecto, es el propio demandante quien reseña esas decisiones en el folio 20 párrafo 2], construcción académica que —por supuesto— es susceptible de ser demandada como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En otras palabras: lo que es contrario a la Carta es la errada interpretación que se ha hecho del texto no el tenor literal mismo, por ello como no hay una verdadera formulación del cargo la Corte se debe declarar inhibida.

G. DEL ARTÍCULO 450 DE LA LEY 906 DE 2004. El tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD.
Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad **hasta el momento de dictar sentencia.**

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.

A juicio del demandante el mentado precepto “...*viola el art. 29 Constitucional del debido proceso penal, al art. 28, art. 31*” (folio 21). Al respecto, conviene decir que los apartes demandados sí vulneran la Constitución, por lo siguiente:

En primer lugar, si bien la orden de privar de la libertad es una decisión posterior a la emisión del sentido del fallo, también es cierto que **la presunción de inocencia** (cfr. Arts. 29 inc. 4° de la Const. y 7 del C. de P. P.) todavía no ha sido desvirtuada en su totalidad, por lo que mal hace el legislador al disponer que, sin que medie sentencia en firme, se prive de la libertad. Es más, repárese, sólo se trata del sentido del fallo ni siquiera de la emisión de la sentencia misma, con lo cual se cae en un verdadero prejuzgamiento que es constitucionalmente inadmisibile.

Así mismo, en segundo lugar, no debe olvidarse que dentro del diseño contenido en la Constitución (Art. 28) y en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 (Art. 2°), el *principio de libertad* es la columna vertebral del esquema de juzgamiento, por eso los apartes transcritos atentan contra ese postulado. En fin, parece atinada la demanda cuando afirma de forma tajante que “**Esa privación de la libertad debe ser en este estado procesal la de una decisión en firme que permita la restricción de la libertad, esto es (sic) que la sentencia que se profiera sea de condena y se encuentre debidamente en firme...**” (folio 22).

Es más, prueba de que lo dicho hasta ahora es cierto desde la perspectiva constitucional es el hecho de que en el inciso final de la norma el legislador, plenamente consciente del respeto a los dos principios acabados de mencionar —y, por supuesto, apoyado en el principio de proporcionalidad— señala: “Si la detención **es necesaria**, de conformidad con las normas de este código, el

juez la ordenará y libraré inmediatamente la orden de encarcelamiento”. Al respecto, se debe decir que si la persona se encuentra en libertad es, precisamente, porque de conformidad con las normas plasmadas en la Ley 906 su detención —¡valga la redundancia!— no es necesaria, no se requiere, en los términos en los que lo demanda el test de razonabilidad.

En fin, también parece evidente que la orden de captura se debe expedir para hacer efectiva la pena y no para cometidos meramente procesales como también lo señala el petente.

II. CONCLUSIONES

En relación con los segmentos normativos demandados, es del caso afirmar lo siguiente:

1. Como los apartes contenidos en los artículos 17 y 454 de la Ley 906 de 2004 no han sido objeto de un verdadero ataque, la Corte debe declararse **INHIBIDA** para resolver de fondo sobre el asunto;
2. Los segmentos demandados contenidos en los artículos 112 “*Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código*” y 357 “*Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público*

tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica” de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados inexecutable por las razones expuestas; es más, ese pronunciamiento se debe extender a todo el texto de los dos artículos pues ambos empotran en la Ley una estructura del proceso que no es la acogida por el constituyente;

3. El aparte cuestionado contenido en el inciso 2° del artículo 245 de la Ley 906 de 2004 debe ser declarado **condicionalmente executable**, en el entendido de que para que se adelante cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, se deberá contar con la autorización previa por parte del juez de control de garantías;
4. Los apartes objetados contenidos en el artículo 362 de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados executable; el artículo 397 cuestionado, por el contrario, debe ser declarado inexecutable pero sólo en cuanto le da la potestad al Ministerio Público de interrogar o conainterrogar, debiendo excluirse por inconstitucionales los siguientes apartes subrayados: “Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el

juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”.

5. Los segmentos demandados contenidos en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados exequibles;
6. En relación con los apartes impugnados contenidos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 que, como se dijo, no han sido objeto de un verdadero ataque, la Corte debe declararse **INHIBIDA** para resolver de fondo sobre el asunto;
7. Las expresiones cuestionadas contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, deben ser declaradas inexecutable por ser claramente contrarias a la Carta Fundamental.

Agradeciéndole a los H. Magistrados que hayan pensado en nuestra Escuela de Derecho para estos efectos, me es grato suscribirme de Ustedes,

Atentamente,

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ

Investigador adscrito al Departamento de Derecho Penal,
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”.