

Sentencia T-920/08

DERECHO DE PETICION-Alcance y contenido

DERECHO DE PETICION-Condiciones para acceder a copias ante una autoridad jurisdiccional

En lo que se refiere específicamente a las condiciones para acceder a las copias ante una autoridad jurisdiccional, deben distinguirse dos situaciones: la primera se presenta cuando en ejercicio del derecho de petición se requieren asuntos que están vinculados de manera estricta a la función judicial y, la segunda, cuando ella versa sobre aspectos de carácter meramente administrativo. En el primer evento estas solicitudes encuentran sus límites en las reglas de las formas propias de cada juicio y, por tanto, la presentación de la solicitud no implica, de manera alguna, el desconocimiento de los términos y demás formalidades aplicables al proceso. No obstante, se debe aclarar, cuando las solicitudes son elevadas por los sujetos procesales, a fin de hacer efectivas sus prerrogativas constitucionales, éstas deben ser examinadas de manera minuciosa ya que la efectividad de la petición tendrá un vínculo estrecho con el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. En el segundo evento, cuando la solicitud versa sobre asuntos de índole administrativa, ha sido claro para esta corporación que los parámetros que deben guiar su trámite son los establecidos en las disposiciones del Código contencioso Administrativo.

DERECHO DE PETICION-Límites o restricciones para acceder a copias ante una autoridad jurisdiccional

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS-Condiciones y justificación de la reserva de información

DEBIDO PROCESO PENAL-Defensa y contradicción en el ámbito de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004

DEBIDO PROCESO PENAL-El derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación

La Corte, ha afirmado reiteradamente que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación sino que, desde el momento mismo en que se inicia la

investigación con un indiciado conocido, éste puede adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa, eso sí, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del nuevo sistema de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación.

DERECHO DE PETICION-Allanamiento en su hogar sin que se le explicaran las razones de la diligencia por lo que solicita copias del expediente penal

DEBIDO PROCESO-Se debe informar al actor sobre las condiciones bajo las cuales se efectúa un allanamiento

Conforme al artículo 267 del C.P.P. debe concluirse que al indiciado se le debe comunicar el inicio de la indagación y, especialmente, éste tiene derecho a saber las condiciones bajo las cuales se efectúa un allanamiento y los argumentos que el juez de control de garantías aplicó para efectuar la revisión de legalidad de la actuación (art. 238 C.P.P.). Atendiendo que la indagación se encuentra archivada en este momento, que no toda diligencia adelantada durante la indagación tiene carácter reservado, que es necesario establecer un mínimo de garantías a partir de las cuales se pueda ejercer el derecho de defensa, y siguiendo las condiciones establecidas en la sentencia C-1154 de 2005; la Sala ordenará que la Fiscalía: (i) comunique de la decisión de archivo al indiciado, bajo los mismos presupuestos establecidos para garantizar los derechos de las víctimas y el ejercicio de las potestades del Ministerio Público y que (ii) conforme al artículo 238 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007, proceda a enterar al actor sobre las condiciones bajo las cuales se efectuó la revisión de legalidad del allanamiento por parte del Juez de Control de Garantías.

Referencia: expediente T-1919557

Acción de tutela instaurada por Jesús María Gutiérrez Andrade
contra Fiscalía Quinta Especializada de Popayán (Cauca)

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán-Sala Tercera de Decisión Penal, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Jesús María Gutiérrez Andrade contra la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán.

I. ANTECEDENTES.

El Señor Jesús María Gutiérrez Andrade, quien actúa en nombre propio, presenta acción de Tutela contra la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán, en defensa de su derecho fundamental de petición. Sustenta su solicitud en los siguientes

1. Hechos:

Señala que laboró como soldado profesional del Ejército Nacional desde Julio 16 de 1998 hasta el mes de Octubre de 2007.

Añade que al término de su vinculación con la fuerza armada, se le adelantó indagación preliminar con número de radicación 19001600070320070006 por el presunto delito de TRAFICO DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO.

Precisa que en virtud de dicha investigación preliminar fue practicada una diligencia de allanamiento en su residencia, sin dársele a conocer las razones que motivaban dicha actuación.

Afirma que debido a la irregularidad de la situación, elevó derecho de petición ante la Fiscalía Quinta

especializada de Popayán a fin de que se le expidieran copias a su costa del proceso que cursaba en su contra, esto para verificar los motivos por los cuales había sido decretada la diligencia de allanamiento.

Asevera que la entidad accionada se negó a autorizar la expedición de copias aduciendo que por tratarse de una indagación preliminar dicho trámite se encontraba sujeto a reserva judicial.

2. Respuesta de la autoridad demandada.

Mediante memorial de fecha 28 de marzo de 2008, la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán manifestó que ante ella se adelantó una indagación preliminar en contra del Señor Jesús María Gutiérrez Andrade, radicada bajo el número 19001000703200700075 por el presunto delito de Tráfico de Armas de Fuego de Uso Privativo. Agregó que dicho proceso fue archivado debido a que no se obtuvo material probatorio suficiente para formular imputación en contra del Señor Gutiérrez Andrade. Seguidamente aclaró que si bien es cierto el accionante presentó en fecha 25 de Enero de 2008 derecho de petición a fin de obtener copias sobre el proceso que en su contra se adelantaba, dichas copias no le fueron expedidas ya que por tratarse de una indagación preliminar estas diligencias estaban sujetas a reserva, indicando – además- que el señor Gutiérrez Andrade no tiene la condición de imputado.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán no se opuso a ellas ni se pronunció acerca de la procedencia de la acción de tutela.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISION.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán avoca el conocimiento de la demanda y mediante fallo de fecha 28 de marzo de 2008 niega el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante. Lo anterior de conformidad con las siguientes consideraciones.

1. El amparo constitucional de la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales cuando éstos se encuentren amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, cuando existiendo otro medio de defensa judicial para protegerlos sea necesario evitar un perjuicio irremediable.
2. Puede establecerse que existe vulneración al derecho fundamental de petición cuando no se da respuesta dentro de los términos legales a la solicitud que ha sido elevada por el interesado o cuando existiendo respuesta dentro del término legal, ésta no resuelve los requerimientos elevados en la solicitud.
3. Cuando dichas peticiones son elevadas en el curso de una indagación preliminar para hacer

efectivas las garantías procesales consagradas en la Constitución y en la Ley, debe entenderse que dicha situación se vincula estrechamente con el respeto al debido proceso. Sin embargo, cuando las peticiones tienen por objeto la solicitud de certificaciones o copias que no guardan relación con los derechos de contradicción y defensa, éstas deben seguir los lineamientos del derecho de petición acatando las restricciones de orden legal que para tal efecto se han consagrado.

4. Finalmente, del acervo probatorio obrante en el proceso infirió que la entidad accionada había dado respuesta satisfactoria y oportuna al derecho de petición elevado por el accionante, pues indicó que no era posible la expedición de las copias de la indagación preliminar debido a que la información contenida en ella estaba amparada por la reserva. Agregó que la solicitud elevada a la Fiscalía no guarda relación con el derecho al debido proceso por lo que no se vislumbraba ninguna vulneración de algún derecho fundamental.

III. PRUEBAS

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

1. Fotocopia del derecho de petición de fecha 2 de octubre de 2007 presentado por el Señor Jesús María Gutiérrez Andrade, en el que solicita expedición de copias del expediente y copia del disquete o video bajo el radicado 00075 interior 032, dentro de la indagación preliminar adelantada por el presunto delito de porte ilegal de armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas (Folio 20).
2. Fotocopia de la certificación hecha por la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán con fecha 22 de octubre de 2007, por medio del cual se comunica el archivo del caso No. 190016000703200700076 por inexistencia del hecho (Folio 22)
3. Fotocopia del derecho de petición con fecha de recibido 25 de enero de 2008 presentado por el señor Gutiérrez Andrade en el que, amparado bajo el archivo de la indagación, solicita expedición de copias del expediente y copia del disquete o video bajo el radicado 00075 interior 032 dentro del asunto anteriormente referido (Folio 20)
4. Oficio 0038 expedido por la Fiscalía Quinta Especializada del Popayán de fecha 31 enero de 2008, por medio del cual se da respuesta al derecho de petición de fecha 25 de enero de 2008 (Folio 24)

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar el fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

El actor elevó varios derechos de petición ante la fiscalía demandada, en los que solicitó información acerca del trámite adelantado en una indagación preliminar por el delito de “tráfico de armas de uso privativo”. La fiscalía atendió los requerimientos pero, sin embargo, negó la expedición de copias y el acceso a la carpeta contentiva de la indagación y explicó que dichas averiguaciones y evidencias estaban sometidas a reserva. Como consecuencia, el actor presenta acción de tutela de su derecho de petición y solicita que se autorice la expedición de las copias del expediente penal.

La instancia que en única instancia atendió la solicitud de amparo del derecho fundamental, estudió la naturaleza de la acción de tutela y del derecho de petición y, al final, comprobó que la autoridad judicial demandada había dado respuesta oportuna a los requerimientos y concluyó que la negativa de expedición de copias era legítima pues dichas diligencias estaban cobijadas por la reserva de la actuación penal y las mismas no tenían ningún vínculo con los derechos de contradicción y defensa del actor.

Pues bien, previo a resolver el caso concreto esta Sala de Revisión considera necesario estudiar los alcances, restricciones y condiciones de las peticiones que se presentan ante las autoridades judiciales y, posteriormente, las restricciones o reservas que la ley procesal impone a los derechos de contradicción y defensa en la etapa de indagación.

3. Derecho de Petición. Condiciones y restricciones aplicables a las peticiones elevadas ante las autoridades judiciales. Alcances del Principio de Reserva.

3.1. El artículo 23 Constitucional establece el alcance y contenido del derecho fundamental de petición, al establecer que: “*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales*”. La Corte Constitucional en sus pronunciamientos, se ha preocupado en desarrollar este postulado, reiterando el carácter fundamental de las peticiones, y determinando en primer lugar, un conjunto de exigencias que deben observarse para satisfacer su núcleo esencial y, en segundo lugar, las limitaciones que pueden vincularse a su ejercicio. Estos presupuestos se pueden resumir de la siguiente manera.

- (i) El derecho de petición, es un derecho de carácter fundamental^[1] que abarca otras prerrogativas constitucionales, tales como el derecho a la información^[2], el derecho

a la participación política[3] y el derecho a la libertad de expresión.

(ii) El núcleo esencial del derecho de petición radica en la obligación de la autoridad de dar respuesta pronta y oportuna a la petición elevada[4].

(iii) Esta respuesta debe, además: (i) resolver de fondo el asunto cuestionado y (ii) ser clara, precisa y guardar estrecha relación con lo solicitado.

(iv) La garantía de este derecho no implica que se deba dar una respuesta favorable de lo solicitado.

(v) El derecho fundamental de petición no se satisface a través del silencio administrativo negativo, en su lugar, debe entenderse que esta figura constituye prueba de su desconocimiento.

(vi) La carencia de competencia por parte de la entidad ante la que se eleva la solicitud, no la exime del deber de dar respuesta y de notificarla al interesado.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha integrado el contenido del artículo del 17 Código Contencioso Administrativo[5] al alcance del derecho fundamental de petición, es decir, ha establecido que el derecho a solicitar la expedición de copias a una autoridad judicial o administrativa forma parte del núcleo esencial del derecho de petición. En este sentido, ha señalado que “*La efectividad del derecho a obtener copias es manifestación concreta del derecho a obtener pronta resolución a las peticiones formuladas que también hace parte del núcleo esencial del derecho de petición.*”[6]

3.2. Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a las condiciones para acceder a las copias ante una autoridad jurisdiccional, siguiendo los lineamientos establecidos en la sentencia T-272 de 2006[7], deben distinguirse dos situaciones: la primera se presenta cuando en ejercicio del derecho de petición se requieren asuntos que están vinculados de manera estricta a la función judicial y, la segunda, cuando ella versa sobre aspectos de carácter meramente administrativo. En el primer evento estas solicitudes encuentran sus límites en las reglas de las formas propias de cada juicio y, por tanto, la presentación de la solicitud no implica, de manera alguna, el desconocimiento de los términos y demás formalidades aplicables al proceso. No obstante, se debe aclarar, cuando las solicitudes son elevadas por los sujetos procesales, a fin de hacer efectivas sus prerrogativas constitucionales, éstas deben ser examinadas de manera minuciosa ya que la efectividad de la petición tendrá un vínculo estrecho con el debido proceso y el acceso a la administración de justicia[8]. En el segundo evento, cuando la solicitud versa sobre asuntos de índole administrativa, ha sido claro para esta corporación que los parámetros que deben guiar su trámite son los establecidos en las disposiciones del Código contencioso Administrativo[9]. En la sentencia mencionada, respecto de estas dos situaciones, se concluyó lo siguiente:

“Puede concluirse que cuando se trate de solicitudes de las partes de un proceso judicial en el curso, ambas tienen el carácter de derecho fundamental; pero para distinguir si se hacen en uso del derecho de petición (artículo 23 C.P.) o en el de postulación (artículo 29 ibídem), y por tanto, cual sería el derecho esencial afectado con su desatención, es necesario establecer la esencia de la petición, y a ello se llega por la naturaleza de la respuesta; donde se debe identificar si ésta implica decisión judicial sobre algún asunto relacionado con la

litis o con el procedimiento; pues en este caso, la contestación equivaldría a un acto expedido en función jurisdiccional, que por tanto, está reglado para el proceso que debe seguirse en la actuación y así, el juez, por más que lo invoque el petente, no está obligado a responder bajo las previsiones normativas del derecho de petición, sino que, en acatamiento al debido proceso, deberá dar prevalencia a las reglas propias del juicio que establecen los términos, procedimiento y contenido de las actuaciones que correspondan a la situación, a las cuales deben sujetarse tanto él como las partes[\[10\]](#)".

Finalmente, a manera de conclusión, es importante señalar que en la sentencia T-377 de 2000[\[11\]](#) se relacionaron las condiciones generales aplicables a las peticiones que se presentan ante las autoridades judiciales, así:

“a) El derecho de petición no procede para poner en marcha el aparato judicial o para solicitar a un servidor público que cumpla sus funciones jurisdiccionales, ya que esta es una actuación reglada que está sometida a la ley procesal. Ahora bien, en caso de mora judicial puede existir transgresión del debido proceso y del derecho de acceso efectivo a la justicia; pero no del derecho de petición.

“b) Dentro de las actuaciones ante los jueces pueden distinguirse dos. De un lado, los actos estrictamente judiciales y, de otro lado, los actos administrativos. Respecto de éstos últimos se aplican las normas que rigen la administración, esto es, el Código Contencioso Administrativo.

*c) Por el contrario, las peticiones en relación con actuaciones judiciales no pueden ser resueltas bajo los lineamientos propios de las actuaciones administrativas, como quiera que “las solicitudes que presenten las partes y los intervinientes dentro de aquél [del proceso] en asuntos relacionados con la **litis** tienen un trámite en el que prevalecen las reglas del proceso”*[\[12\]](#)

3.3. No obstante, paralelo a la obtención de copias de una actuación oficial, la Corte también ha tenido la oportunidad de referirse a las limitaciones de este derecho. Este conjunto de restricciones tienen su origen en la *reserva* aplicable a ciertas informaciones o actuaciones, la cual a su vez es producto de la interpretación sistemática de los artículos 2, 15, 28 y 74 Constitucionales[\[13\]](#). A través del contenido de éstos se pueden inferir que existen ciertas actuaciones, documentos y diligencias que no pueden ser objeto de conocimiento del público general, por cuanto el libre uso de su contenido podría atentar contra el interés general o el ejercicio de otros derechos fundamentales de los asociados[\[14\]](#).

Precisamente, en la sentencia T-705 de 2007[\[15\]](#) la Corte hizo referencia a los dos requisitos que debe tener la reserva aplicable a una información. Respecto del primer requisito, de carácter formal, la Corte señaló que consiste en que la reserva de la información debe estar plasmada en la ley o en la propia Constitución Política y agregó: “*Esto significa que ninguna otra rama del poder público se encuentra facultada para imponer límites a este derecho fundamental, so pena de incurrir en una extralimitación en sus funciones y en consecuencia, en contradicción con lo ordenado por la Constitución*”. Además, frente a los requisitos de carácter material, la providencia citada acudió a la sentencia C-491 de 2007[\[16\]](#), de la que resaltó lo siguiente:

“12. En resumen, la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.”

Téngase en cuenta, adicionalmente, que por tratarse de la restricción a un derecho fundamental tales requisitos deben ser observados con extremo cuidado. Por tanto, la autoridad pública sólo tendrá la posibilidad de negar el acceso a los documentos o diligencias cuando quiera que las mismas reúnan dichas condiciones y, esencialmente, justifiquen la reserva de la información a partir de la Constitución o la Ley. De otra manera, es decir, negar el acceso a unos documentos que no han sido objeto de reserva, conlleva la vulneración del derecho de acceso a la información, el derecho de petición e, inclusive -como se pasa a ver- el derecho al debido proceso de los intervinientes y partes de un proceso judicial.

En la sentencia C-037 de 1996^[17], en donde se estudió la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte hizo referencia a la reserva de la información procesal, como una de las obligaciones específicas de los jueces. De esto es importante destacar lo siguiente:

“Pero, además, es deber esencial de los funcionarios judiciales garantizar igualmente los demás derechos de rango superior o legal, en particular los constitucionales fundamentales, que de una forma u otra deben ser protegidos a lo largo del proceso. Es así como, por ejemplo, el juez debe abstenerse de divulgar la información reservada contenida en un expediente, o de opinar públicamente acerca de ella. En estos eventos se encontrarían comprometidos derechos de altísimo rango constitucional, como la dignidad, la intimidad, la honra y el buen nombre, cuya protección debe ser integral y permanente.”

Más adelante, dentro del análisis del artículo 64 de la misma Ley, la Corte especificó que dentro de las actuaciones judiciales la regla general es la aplicación del principio de publicidad y que, por tanto, la aplicación de la reserva tiene carácter restrictivo, pues debe estar definida claramente en la ley, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, la sentencia C-037/96 dijo lo siguiente:

De otro lado, en atención a que el principio constitucional general aplicable a las actuaciones que se adelantan por los órganos del Estado es la publicidad, la reserva tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva. Le corresponde a la ley, dentro del marco de la Constitución, establecer en términos de razonabilidad y proporcionalidad, la extensión de la respectiva reserva. De ahí que la constitucionalidad, en este caso, se condicione, igualmente, a la posibilidad de comunicar las informaciones que de conformidad con la ley, no están sujetas a reserva y, en este evento, deberá también

permitirse el acceso público a las mismas.”

Así pues, la restricción del acceso del público en general a un proceso judicial o a alguno de los componentes del expediente debe estar explícitamente definida en la ley. Tal regla, por supuesto, es muchísimo más exigente en lo que se refiere a las partes o intervinientes dentro del proceso, pues respecto de éstos el acceso a las piezas procesales constituye uno de los elementos básicos para hacer valer los derechos de contradicción y de defensa. Veamos entonces, cuales son los atributos generales que esta Corporación ha reconocido frente a la materialización de los derechos de contradicción y de defensa en la etapa de indagación de un proceso penal.

4. Debido proceso penal. Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004. Garantía de los derechos de contradicción y defensa en la etapa de Investigación previa o Indagación.

4.1. En vigencia del anterior régimen de procedimiento penal -Ley 600 de 2000- teniendo en cuenta los alcances del debido proceso dentro de las potestades punitivas del Estado[18], esta Corporación estableció el conjunto de potestades mínimas aplicables a los diferentes sujetos que participan del trámite penal. En este sentido, teniendo en cuenta la amplitud de las funciones previstas para la investigación del crimen, fijó que el acatamiento de las garantías adscritas a ese derecho fundamental debían hacerse de manera celosa y constante dentro de todas y cada una de la etapas de la actuación, es decir, en las fases de indagación preliminar, instrucción, juzgamiento y en la ejecución de la pena.

Dentro de tal ámbito legal, se reconoció que si bien es cierto el legislador ha desarrollado ampliamente la aplicación de las garantías ya referidas dentro de la instrucción, el juzgamiento y la ejecución de la pena, su labor no había sido tan amplia en lo que tenía que ver con la etapa de indagación preliminar. En contraste, la Corte estableció el conjunto de presupuestos mínimos que debían aplicarse dentro de esta instancia de la actuación penal para satisfacer el derecho al debido proceso constitucional. Al respecto, en sentencia C-033 de 2003[19] manifestó lo siguiente:

“Aún cuando el debido proceso y el derecho de defensa parecen fortalecerse a medida que avanza la investigación, lo cierto es que en la fase preliminar, como en las demás fases, el derecho a la defensa debe concebirse en una dimensión amplia.

(...)

“Es así que, no sólo en esta fase sino durante todo el proceso penal, cualquier limitación al pleno ejercicio del derecho de defensa debe ser objeto de un control estricto de proporcionalidad, y solamente será válida si obedece a un fin constitucionalmente imperioso, si resulta indispensable para el cumplimiento de dicho objetivo y si, en términos estrictamente proporcionales, no sacrifica valores o principios constitucionales de mayor relevancia que los alcanzados con la medida.”

En efecto -consideró esta Corporación- la importancia de asegurar el ejercicio del derecho de defensa dentro de la primera etapa de la investigación penal prevista en la Ley 600 radica en que aunque la etapa de indagación preliminar no es en estricto sentido parte del proceso penal, sí constituye el momento en el cual el Estado despliega gran parte de su poder investigativo para determinar: la ocurrencia o no de una determinada conducta, establecer si dicha conducta se encuentra tipificada en la legislación penal, definir la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad, verificar la procedencia de la acción y, en últimas, para recaudar las pruebas que considere necesarias para establecer los posibles autores o partícipes del presunto hecho ilícito[20].

A partir de las implicaciones adscritas a dichas finalidades, la Corte infirió que el conflicto que se presenta entre las potestades punitivas del Estado y las garantías individuales en el curso de un proceso penal, surgía de manera incipiente y se empezaba a configurar desde el momento mismo en que se iniciaba la indagación preliminar. Sobre este punto, en sentencia C-412 de 1993[21], esta corporación se refirió a dicha tensión bajo los siguientes términos:

“Durante la investigación previa el interés dominante corresponde a la función investigativa del Estado. El adentrarse en el proceso propiamente dicho impone la idea de equilibrio entre la función investigativa y punitiva del Estado (autoridad) - trasunto de su deber de administrar justicia - y los derechos y garantías del sindicado (libertad). La persona simplemente investigada en la fase preliminar, pronto puede tornarse en sospechosa, convertirse durante la instrucción en sindicada, inmediatamente después en acusada y finalmente terminar condenada.

(...)

*“En este sentido, si bien la formalización del conflicto Estado - sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. **Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado las posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.**”* (negrilla fuera de texto original)

Como consecuencia, teniendo en cuenta que la etapa de indagación preliminar prevista en la Ley 600 constituía uno de los pilares fundamentales del ejercicio de la acción penal, la Corte estableció las siguientes orientaciones en procura de garantizar las garantías adscritas al debido proceso:

- (i) Dentro de esta etapa procesal, el Estado, a través del ente acusador, puede recaudar las pruebas que considere necesarias para determinar la procedencia de la acción penal, es por ello que concomitantemente a esta facultad, debe surgir para el individuo la posibilidad de exigir ante las autoridades las garantías que considere conducentes a fin de proteger sus derechos.

(ii) La observancia del debido proceso dentro de la etapa en cuestión no solo comporta el respeto de los términos procesales estipulados sino que recubre al individuo de un conjunto de mecanismos y garantías que le permiten hacer efectivos sus derechos de defensa y contradicción frente al ejercicio del poder punitivo estatal. Entre estos mecanismos tenemos, por ejemplo, el derecho a controvertir y aportar pruebas, el derecho a rendir versión libre sobre los hechos que se imputan y el derecho a nombrar un defensor técnico. Al respecto es importante recordar que los artículos 324 y 325 de la Ley 600 de 2000 disponían lo siguiente:

“ART. 324.—Versión del imputado. Cuando lo considere necesario el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá recibir versión al imputado, la que se practicará en presencia de su defensor. Siempre se le advertirá que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad.

“La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión.

“ART. 325.—Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria.

“Quien tenga conocimiento que en su contra se ventilan imputaciones en una investigación previa, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en las demás diligencias.

(iii) En consecuencia, cuando el objeto de la indagación preliminar sea diferente a la individualización de los presuntos autores o partícipes del hecho delictivo, es decir cuando éste o éstos ya hayan sido identificados, surge el deber en cabeza del ente acusador de notificar a esta persona de la ocurrencia de la investigación previa[22].

De hecho, teniendo en cuenta que el debido proceso y el derecho de defensa se aplica plenamente en el curso de una indagación preliminar, para la Corte fue imperativo establecer, en estricto, los diferentes parámetros legales bajo los cuales se hacía efectivo el derecho. En este sentido, la sentencia C-096 de 2003[23] señaló que para que la versión libre pudiera constituirse como un instrumento de defensa dentro de la etapa de investigación preliminar, el investigado debía conocer los hechos por los cuales estaba rindiendo dicha versión. De no ser así -advirtió la Corte- la relación Estado – individuo sería desproporcionada, por cuanto el ente investigador tendría pleno conocimiento fáctico y probatorio de ésta sin que el individuo pudiera controvertirlos en igualdad de condiciones. Así también, la Corte estableció que desde la etapa de indagación preliminar surgía, por una parte, la facultad para el individuo de controvertir las pruebas que hubieren sido practicadas y, por otra, la prerrogativa de exigir el pleno respeto al debido proceso en el curso de la producción de aquellas[24]. Además, la sentencia T-790 de 1999[25] concluyó que impedir la participación de los sujetos implicados en un hecho punible en la indagación preliminar constituía una vulneración de los derechos de defensa y contradicción que, valga decir, configuraría un defecto sustantivo en la actuación judicial. De la sentencia en cuestión es importante destacar lo siguiente:

“Por tanto, la importancia del derecho que se reconoce en el estatuto de procedimiento penal a todo individuo a ser escuchado en versión libre y a nombrar un defensor que lo asista en todas las diligencias que se practiquen en esta investigación, cuando por algún medio ha tenido conocimiento que en su contra existen imputaciones, pues sólo así deja de ser oponible la reserva que poseen las diligencias que se acopian en esta fase preliminar al proceso penal.

*Significa lo anterior que para que el derecho a la defensa sea efectivo en todas las etapas del proceso penal, ha de permitirse la participación en ellas a los sujetos implicados, y si bien la investigación preliminar no es obligatoria, ha de ser considerada como una etapa más del proceso cuando hay lugar a su práctica. En este sentido, se ha señalado, por ejemplo, que no puede ser “**facultativo** del Fiscal notificar la resolución de apertura de la investigación, o escuchar de manera inmediata en versión preliminar a quien la haya solicitado” (negrilla y subraya fuera de texto) (sentencia T-181 de 1999).*

La inobservancia de estas reglas, cuyo objeto principal, se insiste, consiste en permitir a los posibles inculcados conocer de las actuaciones que los señalan como autores o partícipes de un hecho punible, implican un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, derechos que sólo pueden ser ejercidos cuando se facilita el acceso y la participación a éstos en las diligencias que se lleguen a practicar en esta etapa.”

4.2. Sin embargo, es imperativo anotar que en vigencia del nuevo estatuto de juzgamiento penal la estrategia estatal de investigación y, con ello, gran parte de las etapas, los trámites procesales y los derechos, deberes y atribuciones de las partes cambiaron. En estricto, la naturaleza adversativa del nuevo sistema transformó las funciones de las autoridades judiciales y el vínculo de éstas con las partes e intervinientes, aunque como regla general se mantuvieron los mismos principios rectores y similares garantías procesales.

Específicamente, dentro de tal grupo de disposiciones, en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 se fijaron las diferentes condiciones para hacer efectivo el derecho de defensa. Esta norma, en su inciso 1°, establece textualmente lo siguiente: *“En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que se aplica a: (...)*”. Empero, la limitación dispuesta en la frase subrayada para ejercer las facultades de la defensa en la etapa previa a la imputación, fue demandada por inconstitucional ante esta Corporación, quien en sentencia C-799 de 2005[26] declaró su exequibilidad condicionada. Para el efecto la Corte determinó los alcances del derecho de defensa en el ámbito penal y definió su conexión frente a la materialización del valor de justicia. Bajo estas condiciones, advirtió lo siguiente: *“Pues bien, evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa. Como se ha dicho, el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal”* || ***Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso”*** (Negrilla fuera de texto original).

Conforme a dicha aserción, la Corte acudió a los diferentes criterios jurisprudenciales fijados en el anterior sistema de investigación penal para el desarrollo de la indagación preliminar, transcribió algunos apartes de las sentencias C-150 de 1993[27] y C-412 de 1993[28] y concluyó:

“- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.

“- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada , a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

“- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá , es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa , pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse.(sic)

“- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.

“- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra , tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal , es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

A partir de dichos presupuestos la Corte justificó una interpretación *incluyente* del artículo 8° de la Ley 906, es decir, extendió las garantías de la defensa a la etapa previa a la imputación, a partir de la relación de varias hipótesis en donde se hacía necesaria la participación del *indiciado* dentro de las diligencias penales. Como consecuencia esta Corporación advirtió que dichas garantías[29] se activan -inclusive- desde el trámite de la indagación y condicionó constitucionalmente la interpretación y aplicación de la norma rectora, en los siguientes términos: *“En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos . Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004 , si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado , sería violatorio del derecho de defensa”*[30].

Adicionalmente, vale la pena observar, la sentencia citada no ha sido la única providencia en la que el control abstracto de constitucionalidad efectuado por esta Corporación se ha ocupado de estudiar los alcances del derecho de defensa dentro de la etapa de indagación del sistema penal acusatorio. También en la sentencia C-210 de 2007[31] se efectuó un análisis sobre las pautas que deben observar la *integración y designación* de la defensa en cabeza del *indiciado*[32]. En efecto, en razón a una demanda contra los artículos 118 y 119 de la Ley 906, la Corte se ocupó de estudiar la naturaleza de la defensa técnica conforme a los cambios efectuados dentro del nuevo procedimiento de investigación criminal y, sobre ese asunto, afirmó lo siguiente:

“De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal

*acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que “**el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable**”^[33] (negrilla fuera de texto original).*

Más adelante, la sentencia en comento se ocupó de establecer cuál es la etapa procesal apta para la designación del defensor. En este sentido la Corte reiteró algunos apartes de la sentencia C-799 -referida- y engranó el ejercicio de la defensa desde el momento mismo en que inicia la investigación penal al “derecho a la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales y sustanciales para la defensa o, como lo ha denominado la doctrina y jurisprudencia^[34], el principio a la igualdad de armas procesales entre las partes”. Sobre este principio, como pauta característica del sistema acusatorio, se acudió a la sentencia C-1194 de 2005^[35] de la cual es importante destacar lo que sigue: “Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, **los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección**” (negrilla fuera de texto original).

Así pues, la Corte procedió a averiguar si la Ley 906 de 2004 limitaba la designación de un defensor al momento en que se formulara la imputación -como se desprendía del tenor literal del artículo 119- o si, por el contrario, del propio Código era posible entender que la postulación se podía efectuar en cualquier momento. Para ese efecto se recurrió a la lectura sistemática de las diferentes disposiciones que regulan el funcionamiento del sistema acusatorio y llegó al siguiente razonamiento:

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

“Además de lo anterior, el propio Código de Procedimiento Penal señala casos expresos en los que, antes de la imputación y sin que sea relevante la captura, se requiere de la presencia del defensor del indiciado en las diligencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías, so pena de anulación de la diligencia por violación del debido proceso. Así, por ejemplo, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal autoriza al fiscal a solicitar al juez competente a imponer una medida de aseguramiento^[36] y, en lo pertinente para este asunto, dispone que “la presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia”.

“Incluso, respecto de la “igualdad de armas procesales” antes de la imputación, el Código de Procedimiento Penal otorga amplias facultades de defensa en el recaudo y embalaje de la prueba. Nótese que el artículo 267 de esa normativa confiere, a “quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra”, las facultades de asesorarse de

abogado, de identificar, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares para utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. De igual manera, el artículo 268 del C.P.P. dice que “el imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física...”

*“26. El anterior análisis sistemático del tema muestra, entonces, que contrario a lo sostenido por el demandante, el ejercicio de la defensa técnica se inicia desde el primer acto procesal con el que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible. En consecuencia, **resulta equivocado sostener que, por el hecho reprochado en la demanda, el investigado no tuvo tiempo para ejercer su derecho a la defensa, ni que la norma acusada consagra una desigualdad de trato jurídico respecto de la oportunidad para ejercer la defensa.** Luego, de la lectura integral de la norma acusada se infiere que el cargo de la demanda no prospera.”*

Ahora, siguiendo el mismo camino, es imperativo traer a colación la sentencia C-591 de 2005[37] en la que la Corte analizó las condiciones bajo las cuales se practican las pruebas anticipadas en el nuevo sistema de juzgamiento penal[38]. En esa oportunidad se estudiaron las diferentes categorías bajo las cuales se desarrolla la inmediación y contradicción de la prueba practicada dentro del juicio oral, así como los parámetros que deben seguir las evidencias físicas recaudadas dentro de la investigación o la indagación. A partir de los principios de concentración e inmediación de la prueba, esta Corporación explicó cuales son las exigencias que se imponen a los diferentes sujetos procesales dentro del desarrollo del proceso; veamos:

“En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

*“Además es preciso tener en cuenta, que **el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos.** Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.*

“En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “pruebas”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros. En el escrito de acusación, el cual se presenta ante el juez de conocimiento en el curso de una audiencia de formulación de acusación, el fiscal deberá descubrir las pruebas de cargo, incluyendo los elementos favorables al acusado. A su vez, podrá solicitarle al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Posteriormente, en el curso de la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa deberán enunciarle al juez de conocimiento la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral, pudiendo solicitársele la aplicación de la regla de exclusión. Finalmente, en virtud del

principio de inmediación de la prueba en el juicio oral, se practicarán las pruebas que servirán para fundamentar una sentencia” (negritas fuera de texto original).

La Corte, por tanto, ha afirmado reiteradamente que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación sino que, desde el momento mismo en que se inicia la investigación con un indiciado conocido, éste puede adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa, eso si, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del nuevo sistema de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación.

Bajo dichas previsiones, es decir, teniendo en cuenta los alcances de los derechos de defensa, contradicción y el derecho de petición dentro del curso o trámite de una indagación penal, la Sala pasará a estudiar la solicitud de protección de derechos presentada por el señor Gutierrez Andrade.

5. Caso Concreto.

5.1. De acuerdo al escrito en el que se solicita la protección de los derechos fundamentales y las pruebas que acompañan el expediente, el actor ha presentado ante la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán, en razón al trámite de una indagación, por lo menos dos peticiones en las que ha solicitado la expedición de copias de la actuación penal. En su demanda el actor advierte como principal razón de su intranquilidad, que su hogar fue objeto de un allanamiento sin que se le explicaran o informaran las razones de la diligencia. La demandada, por su parte, relacionó los requerimientos que le elevó el señor Gutierrez de la siguiente manera[39]:

“JESÚS MARÍA GUTIÉRREZ ANDRADE, (...) presentó:

“a. Derecho de petición para que se le expidan copias simples e íntegras de todo el expediente, disquetes o videos del caso 190016000703200700076, para ejercer la defensa en un proceso disciplinario y penal, recibido el 26 de octubre de 2007, el cual se dio por contestado mediante certificación de fecha 22 de octubre de 2007, recibida personalmente en esa misma fecha.

“b. Derecho de petición solicitando copia de ese mismo caso, recibido el 25 de enero de 2008 y contestado el 31 de enero del mismo año, mediante oficio 0038, recibido de manera personal en la misma fecha a las 16:45 horas.”

Además, a través del mismo escrito, la Fiscalía explicó cual fue el sentido de las respuestas que fueron remitidas al actor y las razones en las que se fundó la negativa de autorizar las copias requeridas. Al respecto, es importante destacar la siguiente afirmación: *“No se expidió (sic) las copias solicitadas por el peticionario, por encontrarse en indagación preliminar por labores de inteligencia adelantadas por la Policía Judicial, tratándose así de diligencias reservadas; además que GUTIERREZ ANDRADE no tiene la condición de IMPUTADO.”*

Adicionalmente, sobre este aspecto, en el expediente se encuentra la fotocopia de las respuestas que la autoridad judicial demandada efectuó a dichas peticiones. De las mismas es importante destacar los siguientes párrafos:

- Respuesta a la petición elevada por el actor el 02 de octubre de 2007:

“La suscrita FISCAL QUINTA ESPECIALIZADA DE POPAYÁN (...)

“CERTIFICA QUE:

“En este Despacho Judicial mediante decisión tomada el día 16 de octubre de 2007 ARCHIVO EL CASO No. 190016000703200700076 POR EL DELITO DE TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS (art. 366 C.P.) POR INEXISTENCIA DEL HECHO caso dentro del cual se tenía como INDICIADO CONOCIDO AL SOLDADO PROFESIONAL (...) JESÚS MARÍA GUTIERREZ ANDRADE.”

- Respuesta a la segunda petición elevada por el actor el 25 de enero de 2008, en la que reitera la solicitud de copias del expediente *“ya que el obrante ya no es reserva sumarial, ya que el obrante en mención ya se encuentra archivado”*.

“En esta Fiscalía se (sic) una indagación preliminar radicada al número 190016000703200700076, por un delito de TRAFICO DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO - ARTICULO 366 del Código Penal, siendo indiciado JESÚS MARÍA GUTIERREZ ANDRADE, indagación que fue archivada de manera provisional, el 16 de octubre de 2007.

“Como se trata de indagación preliminar, su trámite tiene reserva judicial, además que el archivo es de carácter provisional, por el momento no es procedente otorgarle copia de la carpeta”

Finalmente, en el escrito de respuesta a la acción de tutela, la Fiscalía precisó cuál era el estado actual del expediente requerido por el actor, en los siguientes términos: *“Las diligencias se archivaron el 16 de octubre de 2007, porque no se obtuvieron materiales probatorios, para solicitar en contra de GUTIERREZ ANDRADE, formulación de imputación”*.

5.2. Bajo dichas condiciones el actor interpuso acción de tutela de su derecho de petición en la que requiere la respuesta a su requerimiento de copias de la carpeta penal. En respuesta, la instancia judicial que en única instancia conoció del amparo, denegó la protección del derecho fundamental invocado. Para el efecto comprobó que la solicitud no tenía ningún vínculo con el debido proceso y que, por tanto, ésta debía solucionarse bajo los parámetros establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Bajo estas condiciones, consideró que al actor se le había dado respuesta a tiempo y dio la razón a la demandada, en el sentido de reiterar que la información tiene carácter reservado y que, por tanto, tal condición limita el acceso a la información requerida.

5.3. Ahora bien, en orden a abordar el problema jurídico inmerso en la acción presentada por el señor Gutierrez Andrade, esta Sala de Revisión seguirá la siguiente estrategia metodológica: primero, definirá la naturaleza de las peticiones presentadas por el actor y, en particular, comprobará si aquellas tienen algún vínculo con la función judicial de la Fiscalía demandada. Así, como se advirtió, en caso de llegar a una solución negativa a la anterior cuestión, verificará si en verdad las respuestas que efectuó la autoridad demandada cumplen con los parámetros aplicables a las actuaciones administrativas. Al contrario, si la respuesta es afirmativa, es decir, se constata que existe un vínculo entre las peticiones y la función judicial de competencia de la demandada, procederá a confrontar si las respuestas dadas al actor se ajustan a las *formas propias* de la etapa previa a la imputación y, por tanto, si cumplen con las condiciones adscritas al debido proceso penal.

5.3.1. Sobre la primera cuestión el Tribunal de instancia determinó que dichas peticiones no tenían un vínculo con los derechos, deberes y garantías procesales y que, por el contrario, sólo hacían parte de “*aspectos secundarios de la actuación penal*” que se rigen por los lineamientos generales o administrativos del derecho de petición. Bajo esta condición, el Tribunal comprobó que se había dado respuesta oportuna, suficiente y congruente a las inquietudes del ciudadano y concluyó que la vulneración del derecho había desaparecido.

En contraste de tales argumentos, la Sala de Revisión considera que las peticiones presentadas por el señor Gutierrez Andrade tienen un vínculo estrecho con el desarrollo del debido proceso penal, específicamente con participación o facultades que puede tener el “indiciado conocido” durante la investigación o la indagación de la evidencia física[40]. La Corte ha insistido sobre la existencia e importancia de estas facultades en varias oportunidades, especialmente, cuando estudió la constitucionalidad de los artículos 8º y 119 de la Ley 906 de 2004 (sentencias C-799 de 2005 y C-210 de 2007). A través de ellas advirtió que la interpretación de las normas relativas al desarrollo de la indagación por parte de los diferentes operadores judiciales, debe permitir la participación del indiciado conocido dentro de la indagación como parte esencial de la garantía del debido proceso penal. De manera alguna la naturaleza adversativa del nuevo sistema de investigación implica impedir el conocimiento y el ejercicio de las facultades adscritas a la defensa. Negar el ejercicio de este derecho y la contradicción dentro de la etapa de indagación no solo conlleva el desconocimiento de tal derecho fundamental sino también el conjunto de procedimientos básicos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, incluyendo el principio de igualdad de armas. Además de las normas citadas, el reconocimiento de la participación del indiciado se encuentra previsto en el artículo 267 de la siguiente manera:

*“ART. 267.—**Facultades de quien no es imputado.** Quien sea **informado** o **advertido** que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales”* (negrilla y subrayado fuera de texto original).

En el presente caso, de la lectura del primer derecho de petición presentado por el actor en octubre de 2007, esto es, cuando la indagación aún se encontraba en trámite, se evidencia que su objetivo no era la simple o llana obtención de copias de cualquier investigación tramitada por la demandada, sino que, mediante este instrumento constitucional quería iniciar una estrategia en su defensa, frente a una investigación en la cual había **advertido** que era sujeto pasivo. En un aparte de este derecho de petición

se lee lo siguiente[41]:

“GUTIERREZ ANDRADE JESUS MARÍA (...) obrando en calidad de perjudicado directo dentro de un proceso que se me esta (sic) llevando a cabo por PRESUNTO DELITO DE (...), donde he sido acusado no se por quien pero en (sic) aparezco en el sistema con denuncia del mes de Marzo de 2007 (...) de la manera más atenta y respetuosa actuando en mi propio nombre, en mi condición de perjudicado por esta situación que en los hechos donde estoy siendo sindicado en el proceso de la referencia (...) por estas razones mediante este DERECHO DE PETICIÓN (...) solicito a usted, ordenar a quien le corresponda se me expida COPIAS SIMPLES E INTEGRAS A MI COSTA DE TODO EL EXPEDIENTE, Y EL DISKET O VIDEO, con el fin de que si es necesario ejercer mi defensa (...).”

Nótese que la referida obtención de copias no se limita al conocimiento o información general que el peticionario quería derivar de las actuaciones administrativas de la Fiscalía Especializada. Tampoco -sin duda- el tema planteado por el actor refiere a “*aspectos secundarios de la actuación penal*”. Por el contrario, en su solicitud, él informa que conoce que se está adelantando una investigación en su contra y requiere los elementos necesarios para ejercer su defensa. El vínculo entre la petición y el debido proceso penal es indudable en tal medida, que requería un acto de naturaleza judicial en el que se resolviera de fondo si era cierto que el actor estaba siendo investigado a través de la indagación y se estableciera si, por tanto, tenía derecho a acceder o controvertir a alguna de las *evidencias* recopiladas por la Fiscalía[42].

De hecho -recordemos- tal conexión se hace más evidente en las diferentes respuestas de la autoridad demandada en las que se informa, sin más reflexión, que dentro del desarrollo de la investigación previa existía un “*indiciado conocido*” que, por cierto, responde al nombre de Jesús María Gutierrez Andrade. La Corte, de paso, debe rechazar tajantemente la presunta existencia de eventos o diligencias que puedan constituir un “*aspecto secundario*” dentro del curso de una investigación criminal. En su lugar, es necesario reiterar que ninguna de las peticiones elevadas por el actor hacía referencia a actos o actuaciones de naturaleza estrictamente administrativa que fueran competencia de la demandada, sino que apuntaban explícitamente a proponer la integración de las diligencias judiciales en uno de sus aspectos cardinales: la participación del ciudadano que es investigado por el Estado.

5.3.2. Ahora bien, una vez establecida que la naturaleza de la petición elevada por el actor tiene un vínculo estrecho y evidente con la función judicial que adelantaba la Fiscalía Quinta Especializada de Popayán, se hace necesario concluir que la respuesta a tales peticiones debía sujetarse a las *formas propias* de la indagación. Esto obligaba a la autoridad judicial, teniendo en cuenta, entre otros, la reciente implantación del nuevo modelo de investigación acusatorio en la ciudad de Popayán y el reconocimiento del actor como “*indiciado conocido*”, que a él se le informaran las limitaciones así como las facultades legales y constitucionales dando los derechos fundamentales...

_____ que podía aprovechar previo a la formulación de la imputación, tal y como ordena el artículo 138-5 de la Ley 906 de 2004[43].

Las primeras de dichas facultades remiten imperativamente a la aplicación de los artículos 8º, 119 y 267, citados. Adicionalmente, tal y como se explicó en las sentencias C-799 de 2005 y C-210 de 2007 al actor se le debía haber informado que tenía (i) **derecho a ser representado por un abogado**, entre otras, para que buscara, identificara empíricamente, recogiera y embalara “*elementos materiales probatorios y evidencia física*”[44]; para que (ii) **solicitará al juez de control de garantías la evaluación de las**

actuaciones que hubieren afectado sus derechos fundamentales^[45] y para que (iii) verificara si la ejecución del presunto allanamiento del que fue objeto su vivienda, cumplía con las condiciones establecidas en la Ley 906 (arts. 219 ss), especialmente, conforme al derecho previsto para el indiciado en los artículos 231 y 238^[46], y al control que debía ejercer el juez de acuerdo al artículo 237^[47] del Código. La primera de las normas citadas establece lo siguiente:

*“ART. 231.—Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, **quien haya sido considerado como indiciado o imputado** o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro”* (negrilla fuera de texto original).

Precisamente, en relación al desarrollo y control de la diligencia de allanamiento, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que afecta gravemente el derecho a la intimidad, la Corte advirtió lo siguiente en la sentencia C-210 de 2007:

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

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

Así también, en la sentencia C-799 de 2005 se plantearon hipótesis relevantes en las cuales se hace necesario reforzar el derecho de defensa y contradicción del indiciado. Una de ellas, importante para los hechos esbozados en el presente asunto, se evidenció en el momento en que se practica un allanamiento. La Corte planteó y solucionó el problema con los siguientes argumentos:

“Primera: Cuando se efectúa un allanamiento por parte de autoridad pública competente, bajo el entendido que se pretende obtener material probatorio y evidencia física por ejemplo, lo razonable a la luz de los postulados Constitucionales es que aquella persona que se vea

sometida a dicha carga pública pueda desde ese momento cuestionar la evidencia física que se recauda. (...) En efecto, si se realiza un allanamiento es porque existe un motivo para hacerlo. La persona en un Estado de derecho debe tener la posibilidad de controvertir desde un primer momento dicho motivo, con base en el derecho de defensa. Así entonces, el solo hecho de la aplicación de una medida cautelar, que no es la detención preventiva, implica la activación del derecho de defensa; por consiguiente con mayor énfasis deberá operar ante la propia detención preventiva. (...) Por consiguiente, el derecho de defensa, debe poder ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado sino igualmente antes de la misma”.

El desconocimiento de estas obligaciones, valga decirlo, constituye para la Sala el desconocimiento del debido proceso penal, específicamente los derechos de contradicción, defensa y el *principio de igualdad de armas*, y aunque la indagación en la actualidad se encuentre archivada, llevará a que la Sala conceda el amparo del derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, ordene lo siguiente: (i) que, en adelante, cuando se abra una indagación con indiciado conocido proceda a **informar** a aquél sobre la existencia de la investigación para que pueda adelantar las labores inherentes a su derecho de defensa, conforme a los artículos 8º, 119 y 267 del Código de Procedimiento Penal y (ii) que el Ministerio Público, a través del personero municipal de Popayán[48], proceda a verificar que respecto del presunto allanamiento del que fue objeto la vivienda del actor, se haya realizado, en debida forma, la *audiencia de control de legalidad posterior* contenida en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal.

5.3.3. Ahora bien, adicionalmente, con carácter especial, ello también obligaba a la autoridad judicial a decidir de manera argumentada y detallada, conforme a las reglas establecidas en el Código, si el indiciado tenía derecho a acceder a la carpeta en donde constaban las evidencias que se habían recaudado. Sin embargo, frente a esta cuestión, la Fiscalía respondió lacónicamente afirmando que el trámite tiene reserva judicial, con soporte en dos frases: (i) que se trata de una indagación preliminar y (ii) que el archivo que se había dictado tiene carácter provisional.

En contraste, la Sala debe señalar que para responder a este asunto y cumplir con el requisito formal de la reserva de la carpeta y justificar la restricción del derecho de acceso a la información procesal (supra. num 3.3.), la Fiscalía debía explicar cuáles son las condiciones legales específicas o la etapa procesal en la cual se efectúa el descubrimiento de la evidencia física o de los elementos materiales probatorios de los cuales requería copia[49] o, mejor, cuáles son las normas que limitan el principio de publicidad de los actos procesales[50], específicamente, aquellos que se efectúan durante la indagación, y finalmente, teniendo en cuenta los argumentos de la segunda petición presentada por el actor, especificar por qué la orden de archivo de las diligencias mantiene la reserva de las evidencias y las actuaciones de la Fiscalía[51].

Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal impide el acceso del indiciado, por regla general, a las evidencias y elementos materiales probatorios hasta que se realice la audiencia de formulación de acusación, también es necesario reconocer que para que éste pueda ejercer en debida forma el derecho de defensa, puede tener acceso a algunas diligencias ejecutadas en la indagación. Por tanto, cuando un indiciado requiera el acceso o las copias de una carpeta en donde se consigne el programa de indagación, es necesario que la Fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906, cuáles elementos se encuentran cobijados por la reserva y cuales no. De hecho, frente al caso concreto es necesario destacar que en la sentencia C-1154 de 2005 la Corte reconoció que debido a las implicaciones inherentes a las órdenes de archivo, dicha decisión no tiene carácter reservado sino que, por el contrario, debe ser comunicada a las partes, especialmente a las víctimas y al Ministerio Público cuando quiera que no exista

indiciado conocido[52]. También así, recordemos, conforme al artículo 267 debe concluirse que al indiciado se le debe comunicar el inicio de la indagación y, especialmente, éste tiene derecho a saber las condiciones bajo las cuales se efectúa un allanamiento y los argumentos que el juez de control de garantías aplicó para efectuar la revisión de legalidad de la actuación (art. 238 C.P.P.).

Así pues, atendiendo que la indagación se encuentra archivada en este momento, que no toda diligencia adelantada durante la indagación tiene carácter reservado, que es necesario establecer un mínimo de garantías a partir de las cuales se pueda ejercer el derecho de defensa, y siguiendo las condiciones establecidas en la sentencia C-1154 de 2005; la Sala ordenará que la Fiscalía: (i) comunique de la decisión de archivo al indiciado, bajo los mismos presupuestos establecidos para garantizar los derechos de las víctimas y el ejercicio de las potestades del Ministerio Público y que (ii) conforme al artículo 238 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007, proceda a enterar al actor sobre las condiciones bajo las cuales se efectuó la revisión de legalidad del allanamiento por parte del Juez de Control de Garantías.

La Sala concluye, como consecuencia de lo expuesto, que dentro de la acción de tutela presentada por el señor Gutierrez Andrade se vulneró el derecho al debido proceso. Por tanto, conforme a estas consideraciones, revocará la decisión de instancia y, en su lugar se concederá la protección de dicho derecho.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR, por las razones contenidas en esta providencia, el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 28 de marzo de 2008, que denegó la acción de tutela presentada por Jesús María Gutierrez Andrade. En su lugar, **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental al debido proceso.

Segundo. ORDENAR, como se estableció en este fallo, a la Fiscalía Quinta Especializada de la ciudad de Popayán, o aquella que en la actualidad sea competente para conocer de la indagación preliminar en contra de Jesús María Gutierrez Andrade, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a COMUNICAR de la decisión de archivo al indiciado, bajo los mismos presupuestos establecidos para garantizar los derechos de las víctimas y el ejercicio de las potestades del Ministerio Público en la sentencia C-1154 de 2005

Tercero. ORDENAR, como se estableció en este fallo, a la Fiscalía Quinta Especializada de la ciudad de Popayán, o aquella que en la actualidad sea competente para conocer de la indagación preliminar en

contra de Jesús María Gutierrez Andrade, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a enterar al actor sobre las condiciones bajo las cuales se efectuó la revisión de legalidad del allanamiento por parte del Juez de Control de Garantías, conforme al artículo 238 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007.

Cuarto. ORDENAR, como se estableció en este fallo, a la Fiscalía Quinta Especializada de la ciudad de Popayán, o aquella que en la actualidad sea competente para conocer de la indagación preliminar en contra de Jesús María Gutierrez Andrade, que en adelante, cuando abra una indagación con indiciado conocido proceda a informar a aquél sobre la existencia de la indagación, para que pueda adelantar las labores inherentes a su derecho de defensa, conforme a los artículos 8º, 119 y 267 del Código de Procedimiento Penal

Quinto. ORDENAR al Ministerio Público, a través del personero municipal de Popayán, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a verificar que respecto del presunto allanamiento del que fue objeto la vivienda del actor, se haya realizado, en debida forma, la *audiencia de control de legalidad posterior* contenida en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal (indagación número 190016000703200700076 adelanta por la Fiscalía Quinta Especializada de la ciudad de Popayán).

Sexto. Por Secretaría librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el derecho fundamental de petición y sobre su protección fundamental por medio de la acción de tutela. Sobre el particular pueden consultarse las sentencias T-147 de 2006, T-012 de 2005 M.P Manuel José Cepeda Espinosa y sentencia T-206 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

[2] El contenido del derecho a la información fue inicialmente desarrollado en la sentencia T-473 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. En ella se señaló que *“El derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. El artículo 74 de la Constitución Nacional, al consagrar el derecho de acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera los demás derechos fundamentales ligados al mismo. El acceso a los documentos públicos no se traduce necesariamente en una petición o en la adquisición de nueva información. Es, pues, independiente tanto de la petición como de la información y, como tal, plenamente autónomo y con universo propio”*

[3] El derecho a la participación política ha sido definido por esta corporación como la facultad que *“...le asiste a los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señale la ley (C.P. artículos 13, 40-7 y 125). En efecto, este derecho no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino que también salvaguarda que quienes hayan ingresado a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que disponga la ley...”*. Sentencia T-1005 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[4] Al respecto ver sentencias T-013 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, T-042 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-1105 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda y T-970 de 2002 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[5] El artículo 17 del Código Contencioso Administrativo establece. *“El derecho de petición de que trata el artículo 45 de la Constitución Política incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos, en los términos que contempla este capítulo.”* Es preciso aclarar que el artículo 45 de la Constitución Política de 1886 corresponde al contenido del artículo 23 de la Constitución actual.

[6] Sentencia T-299 de 1995 M.P Alejandro Martínez Caballero.

[7] M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

[8] Sentencia T-192 de 2007, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

[9] Sentencias T-334 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galíndez y T-377 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[10] A manera de ejemplo, puede citarse el caso en que la Corte Constitucional, sentencia T- 722 de 2002, estableció que cuando hay la petición de certificación de la existencia de un trámite procesal surtido, esa certificación constituye un acto judicial reglado que sólo puede expedir el juez cuando la ley expresamente lo autoriza, según lo dispuesto por el artículo 116 del C.P.C; por lo que, no puede ser tramitado como simple acto de la administración pública, aunque así se le solicite invocando el derecho de petición y por tanto no está obligado a responderla como tal.

[11] M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[12] Sentencia T-334 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[13] Vid. ley 57 de 1985.

[14] Ver las sentencias T-1099 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-881 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[15] M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[16] M.P.: Jaime Córdoba Treviño.

[17] M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[18] A través de la jurisprudencia constitucional se ha desarrollado ampliamente el concepto del derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 Superior. Al respecto, ha reiterado que éste, comporta un conjunto de garantías que tienen por objeto la protección de los derechos del ciudadano que está sometido a cualquier tipo de trámite judicial o administrativo, asegurando que en el curso de aquel las autoridades observen las formalidades y etapas que han sido estipuladas para cada proceso en particular y, también, para que desplieguen su actividad de manera tal que no se vean afectados injustificada o arbitrariamente los derechos de los asociados.

[19] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 126 de la Ley 600 de 2000, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[20] El artículo 322 de la ley 600 de 2000, señala: “Artículo 322-Finalidades. *En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible.*”

[21] M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[22] Sobre el particular, la sentencia C-836 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, estableció que en cualquier momento en que se determine la existencia de un imputado conocido contra quien se prosigue la investigación como autor o partícipe, el auto de apertura de la misma debe serle notificado en forma inmediata para que pueda ejercer su derecho de defensa. En esta sentencia la Corte se pronunció a cerca de la constitucionalidad del artículo 176 de la Ley 600 de 2000, y declaró su exequibilidad “*bajo el entendido de que debe incluirse en esta lista la providencia ordena la apertura de la investigación previa cuando hay imputado conocido, respecto de quien debe surtirse tal notificación*”.

[23] M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[24] Sentencia C-412 de 1993 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

[25] M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[26] M.P.: Jaime Araujo Rentería.

[27] M.P.: Fabio Morón Díaz. De esta providencia es importante resaltar el siguiente párrafo: *“Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el debido proceso debe aplicarse en dicha etapa.”*

[28] M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, por su parte, se lanzó la siguiente afirmación: *“El principio contradictorio se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima a la función investigativa y sancionadora del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela, del imputado de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia del hecho, su tipicidad, la procedibilidad de la acción, o, en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad (C de P.P. art. 327)”*.

(...)

“13. Dada la regulación legal de la investigación previa en el Código de Procedimiento Penal, se ha demostrado que en la etapa de la investigación previa surgen conflictos en la relación Estado-imputado y Estado-investigado, que por su naturaleza e intensidad y, además por la necesidad de observar un adecuado equilibrio en las indicadas relaciones, no deberían ser objeto de dicha etapa ni materia sobre la cual obren libremente los medios de que dispone el Estado en aquélla. Se impone, por lo tanto, la consagración de un preciso límite cronológico - el más breve posible atendidas las circunstancias - a la investigación previa que sea razonable y proporcionado a su finalidad institucional que ha de circunscribirse a la verificación de los presupuestos objetivos mínimos y necesarios para el ejercicio de la acción penal. “128”

[29] Algunas de ellas fueron relacionadas por la sentencia en comentario en el siguiente listado:

“La activación del derecho de defensa en un capturado trae consigo un conjunto de derechos y prerrogativas en quien recae dicho acto , precisamente porque se está violentando el derecho a la libertad personal, esencial en un estado de Derecho. Entre este conjunto de derechos encontramos entre otros:

- *El derecho a guardar silencio y que éste no se utilice en su contra.*
- *El derecho a conocer la razón por la cual se realiza la captura. Así mismo, a entender la razón a través de un interprete si le es imposible hacerlo por los órganos de los sentidos o hacerlo oralmente.*
- *El derecho a cuestionar la propia privación de la libertad.*
- *El derecho a ser conducido ante un juez en el término de treinta seis horas que estipula la Constitución.*
- *El derecho de no autoincriminación.*
- *El derecho a ser representado por un abogado de confianza.*
- *El derecho a comunicarse efectivamente con su abogado.*
- *El derecho a que se le nombre un abogado de oficio si la persona capturada no cuenta con*

recursos para costearse uno propio.

- *El derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa.*

[30] Textualmente la parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “ una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados , sin perjuicio del ejercicio oportuno , dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”

[31] M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[32] Ley 906 de 2004,

[33] Sentencia C-1194 de 2005

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

[35] M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

[37] M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[38] Sobre la nueva connotación del régimen probatorio dentro de la Ley 906 la Corte explicó lo siguiente: “En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de **permanencia de la prueba**, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e intermediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral”.

[39] Folio 18. Copia de una de las peticiones, fechada enero 25 de 2008, se encuentra en el folio 6 del expediente.

[40] Ley 906 de 2004, Libro II. En especial, obsérvese el art. 267.

[41] Folio 20

[42] A esta altura es importante recordar que la Corte ha establecido que si bien dichas evidencias no constituyen pruebas, las mismas tienen trascendencia jurídica en la medida en que sirven de soporte a la restricción de derechos fundamentales. En la sentencia C-591 de 2005 -recordemos- se afirmó: “De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, **si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales**, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas

practicadas durante el juicio oral.” (negrilla fuera de texto original).

Así también, en la sentencia C-1154 de 2005 la Corte explicó respecto de las evidencias que se recaudan en la indagación o la investigación: “*La presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado. 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, el cual como ya lo ha dicho la Corte, se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso y a lo largo de cada una de sus etapas, por los cauces señalados en la ley*” (negrilla fuera de texto original)..

[43] Dice esta norma: “*ART. 138.—Deberes. Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes: (...) 5. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal*”.

[44] Ley 906 de 2004, artículo 125-9.

[45] Ley 906 de 2004, artículo 267, inciso 2°.

[46] “*ART. 238.—Modificado. L. 1142/2007, art. 17. Inimpugnabilidad de la decisión. La decisión del juez de control de garantías será susceptible de impugnación, en los eventos previstos en esta ley. Si la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de las evidencias obtenidas*”.

[47] “*ART. 237.—Modificado. L. 1142/2007, art. 16. Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.*

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

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

[48] Ley 906 de 2004, artículos 109 y 110.

[49] Ley 906 de 2004, artículos 15, 125-3 y 344. El último de estos artículos determina que la etapa procesal pertinente en donde se descubren las evidencias y elementos materiales probatorios que se hayan recaudado por las diferentes partes del proceso: “*ART. 344.—Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.*

La fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos

materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Sobre el particular, véase la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 21 de febrero de 2007, Rad. 25920. M.P. Javier Zapata Ortiz.

[50] Ley 906 de 2004, artículo 18.

[51] Recordemos el conjunto de requisitos establecidos para restringir el derecho de acceso a la información establecidos en la sentencia C-491 de 2007: “12. En resumen, la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.”

[52] En efecto, en la sentencia C-1154 de 2005 la Corte estableció que dicho acto debía comunicársele a las víctimas y al Ministerio Público, bajo las siguientes consideraciones: “La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

“Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos”.

(...)

“Por lo tanto, para el cumplimiento de sus funciones el Ministerio Público también debe recibir la comunicación de la decisión de archivo”. Bajo estas condiciones la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.