

**Proceso de
Inconstitucionalidad**

El licenciado **Sergio Morales Puello**, en su propio nombre y representación, contra la segunda oración del primer párrafo del **artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004**.

**Concepto de la
Procuraduría de la
Administración**

**Honorable Magistrada Presidenta del Pleno de la Corte Suprema de
Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir concepto respecto a la demanda de inconstitucionalidad descrita en el margen superior de esta Vista.

I. La norma acusada de inconstitucional.

El promotor de la acción solicita que se declare inconstitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, tal cual fue publicado en la gaceta oficial 25,023, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 16. “El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones, con el propósito de identificar los autores, cómplices o encubridores, o para esclarecer los hechos relacionados con los delitos mencionados en el Título VI del Libro II del Código Penal. **De igual manera, cuando existan indicios graves de la comisión de algunos de estos delitos, el Procurador General de la Nación podrá ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el**

objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos.

Las transcripciones de las grabaciones constarán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado, la cual será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico.”

II. Disposiciones constitucionales señaladas como violadas y el concepto de la supuesta violación.

En la demanda de inconstitucionalidad presentada la parte actora indica que han sido violados los artículos 29 y 202 de la Constitución Política de la República, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 29. La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.”

“Artículo 202. El órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.”

A juicio del demandante, el artículo cuya inconstitucionalidad aduce, viola de manera directa, por omisión, las citadas disposiciones constitucionales y en lo medular de sus argumentos señala que la norma atacada omitió tomar en cuenta

que el Procurador General de la Nación carece de competencia para ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones privadas, lo cual sólo es posible a través de mandato de autoridad judicial, según lo dispone el tercer párrafo del artículo 29 de la Constitución Política de la República. En ese mismo orden de razonamiento, aduce que el artículo 202 de nuestra Carta Magna dispone expresamente que el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca, por lo que no se puede considerar al Procurador General de la Nación como autoridad judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Mediante la acción objeto de análisis, se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004 “que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual, y modifica y adiciona artículos a los códigos penal y judicial”.

Luego del examen de los argumentos expuestos por el accionante con el objeto de sustentar la alegada inconstitucionalidad de la norma legal demandada, esta Procuraduría estima necesario hacer las siguientes precisiones:

- El texto legal demandado establece que ante la existencia de graves indicios de la comisión de algún delito contra el pudor y la libertad sexual contemplados en el Título VI del Libro II del Código Penal, el Procurador General de la Nación podrá ordenar la interceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en los que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a la gama de los referidos ilícitos.

- Según el artículo 35 de la Ley 16 de 2004, la misma comenzó a regir a partir de su promulgación, es decir, desde el 31 de marzo de 2004; fecha que estimamos importante advertir, por cuanto que al momento de la promulgación y

entrada en vigencia de la norma demandada, el artículo 29 de la Constitución Política de la República no había sido reformado en el sentido de establecer de manera expresa, que las comunicaciones privadas no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial; reforma que es introducida en el texto constitucional a través del acto legislativo 1 de 15 de noviembre de 2004, el cual es posterior a la promulgación y entrada en vigencia del artículo 16 de la Ley 16 de 2004. Por ello, en principio debe advertirse que técnicamente no sería posible la omisión de una disposición constitucional no existente al entrar en vigencia una determinada ley. Sin embargo, atendiendo al rango supremo de las normas constitucionales frente al resto del ordenamiento jurídico, es posible en cualquier momento, a través de la acción que nos ocupa, solicitar el pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la inconstitucionalidad o no de una disposición legal.

Al respecto, cabe recordar que ese Tribunal ha reconocido (en sentencia de 24 de octubre de 1991) la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del **principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución**. Según el doctor Arturo Hoyos: “Este principio es de gran trascendencia. El tratadista español EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA ha señalado que la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas y “ su carácter central en la constitución y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación... en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales”. Este principio “ es de formulación jurisprudencial” en casi todos los países con justicia constitucional.(HOYOS, Arturo. La interpretación Inconstitucional. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1998. páginas 26 y 27).

Hechas las anteriores observaciones, debemos anotar que los argumentos expuestos por el demandante son lógicos y tienen sustento jurídico a la luz de la

norma constitucional vigente, por cuanto que la segunda oración del artículo 16 de la Ley 16 de 2004 entra en contradicción directa con el contenido del segundo párrafo del artículo 29 de nuestra Carta Magna, que dispone de manera clara y precisa que las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

Lo anterior, debido a que la infracción de esta garantía individual, resulta incuestionable al observarse que según el sentido literal de la norma demandada, se faculta al Procurador General de la Nación para ordenar, ante la existencia de indicios graves de la comisión de delitos contra el pudor y la libertad sexual, la interceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen los investigados, con el objeto de recabar elementos de prueba.

En este mismo orden de ideas, igualmente hay que destacar que el artículo 202 de la Constitución Política de la República, establece que el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca, de lo que fácilmente puede inferirse que cualquier otra autoridad distinta a las listadas, no cuenta con la potestad de ordenar la interceptación o grabación de comunicaciones privadas.

Según el Diccionario Jurídico de los autores Raymond Guillien y Jean Vincent, autoridad judicial “es la expresión de la Constitución de 1958 con que se designa al conjunto de magistrados que aseguran el servicio de la justicia civil, en contraposición a la justicia administrativa”. De igual manera, dicho concepto se relaciona y remite al término “poder judicial”, definido como aquella “función consistente en juzgar, es decir, en asegurar la represión de las violaciones al derecho y en zanjar, sobre la base del derecho, con fuerza de verdad legal, las cuestiones que se suscitan a propósito de la existencia o de la aplicación de las normas jurídicas y establece por último, que los tribunales son los órganos que

ejercen la función judicial” (Diccionario Jurídico, Editorial Temis, S. A., tercera reimpresión de la segunda edición, Bogotá-Colombia, 2001, páginas 43 y 228).

En ese mismo sentido, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio define el término judicial de la siguiente manera: “dícese de lo perteneciente al juicio y a la judicatura. Por eso se llaman judiciales todos los procedimientos, sean de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, en que intervienen los jueces y los tribunales de justicia. Judicial es, pues, lo que se hace en justicia o por autoridad de justicia. En otro aspecto, se habla de organización judicial con relación a la constitución y funcionamiento de la judicatura, al ejercicio de juzgar, a la dignidad o empleo de juez, al tiempo que dura o al cuerpo constituido por los jueces de un país”.

Al contrastar el sentido y alcance del texto legal infractor versus los artículos constitucionales que el accionante considera violados, esta Procuraduría estima que éste es inconstitucional, por cuanto le atribuye al Procurador General de la Nación, que no es parte del Órgano Judicial, la facultad de ordenar la interceptación de comunicaciones particulares, ante la existencia de indicios graves en delitos contra el pudor y la libertad sexual; potestad que a la luz del texto vigente del artículo 29 de nuestra Carta Magna, es exclusiva de la autoridad judicial, es decir, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que establezca la Ley.

En virtud de las consideraciones anteriores, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **ES INCONSTITUCIONAL** la segunda oración del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2006 “que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual, y modifica y adiciona artículos a los códigos penal y judicial”.

IV. Pruebas: Se aceptan los documentos aducidos.

V. Derecho: Se acepta el invocado como fundamento de la demanda.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretaria General

OC/1084/iv.