

Boletín Nº 15
del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

**EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO**

Ricardo Posada Maya

**LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS
JUDICIALES. REVISIÓN DE FUENTES**

Luis Javier Moreno Ortiz



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

**EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO**

© *Ricardo Posada Maya*

**LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.
REVISIÓN DE FUENTES**

© *Luis Javier Moreno Ortiz*

Primera edición: septiembre de 2008.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*Es inelegante juzgar o responder atendiendo a una
expresión de la ley sin haber considerado
atentamente la ley entera.*
Celso. Digesto, I. 3, 24.

CONTENIDO

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO <i>Ricardo Posada Maya</i>	7
LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REVISIÓN DE FUENTES <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	41

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ricardo Posada Maya

SUMARIO: *I. Aspectos Generales. II. El bloque de constitucionalidad. III. Una aproximación constitucional al sistema acusatorio. IV. Algunos desarrollos concretos en materia de derechos en el sistema acusatorio. V. Conclusiones.*

I. ASPECTOS GENERALES

Ante eventos académicos de esta naturaleza, siempre es adecuado recordar la importancia de la comunidad académica en nuestro país. Por tal motivo, quiero expresar mis más sinceros agradecimientos al Profesor **Fernando Velásquez Velásquez** y al señor Decano de la Escuela de Derecho, por permitirme compartir con los estudiantes de esta alta casa de estudios, algunas ideas sobre el Nuevo proceso penal de tendencia acusatoria y el Bloque de Constitucionalidad. Espero que las mismas ayuden a aclarar algunas ideas fundamentales, en estos tiempos de tormenta política y jurídica, que agobian profundamente a nuestro Derecho penal.

El Código de Procedimiento Penal de 2004 consagró, de manera expresa en el artículo 3°, la prelación procesal de los tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por el Congreso y sancionados por el Presidente de la República, a condición de que estos instrumentos versen sobre derechos humanos intangibles y prohíban su limitación durante los estados de excepción, tal y como se regula la materia en el artículo 4 de la Ley 137 de 1994: Estatutaria sobre estados de excepción. Esta norma jurídica es fundamentalmente material, a diferencia de otras disposiciones del texto procesal. Precisamente, porque retoma algunos desarrollos doctrinales de la Corte Constitucional de Colombia, en materia de

integración normativa al denominado ‘bloque de constitucionalidad’. De tal suerte, que reconoce expresamente que las *normas rectoras procesales*: i) gozan de rango constitucional, toda vez que están incorporadas en el texto superior, ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales vinculantes desde el punto de vista constitucional, y iii) exigen que los principios procesales sean desarrollados sin transgredir los referentes constitucionales, con lo cual se incorpora a la normativa vigente la jurisprudencia constitucional que ha adecuado las figuras de perfil acusatorio, con la parte dogmática de la Constitución y algunos contenidos de la CADH y el PIDCP.

En cualquier caso, esta norma dispone el marco adecuado de la presente intervención, que tendrá por finalidades, en *primer lugar*, determinar los aspectos centrales del sistema acusatorio de cara al texto constitucional y al bloque de constitucionalidad. En *segundo lugar*, precisar la dinámica que opera entre los postulados constitucionales del sistema procesal acusatorio y la prevalencia de los derechos fundamentales. Y, en *tercer lugar*, verificar la importancia que ha jugado el concepto de bloque de constitucionalidad en el ámbito del nuevo sistema procesal acusatorio y del papel de la Corte Constitucional en el ajuste del procedimiento penal ordinario.

De este modo, en la segunda parte, se abordarán de manera sucinta el concepto y el contenido del bloque de constitucionalidad. En la tercera, se intentará construir una perspectiva constitucional del Sistema Procesal penal. En la cuarta, se perfilarán algunos desarrollos concretos sobre los "derechos" bajo el sistema acusatorio. Y, en la quinta, se presentarán algunas consideraciones finales a título de conclusiones.

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Antes de considerar la visión constitucional del sistema procesal colombiano de tendencia acusatoria, resulta fundamental abordar el tema del bloque de constitucionalidad. Institución que, como lo indica la doctrina especializada en el tema¹, se caracteriza por la complejidad y ambigüedad

¹ Cfr. UPRIMNY RODRIGO. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, En: Compilación de

de sus elementos, requisitos y límites, sin desconocer, desde luego, que hoy existe un cierto consenso mínimo en la materia, debido a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, claramente a partir de la sentencia C-200 de 2002.

Un primer argumento sobre el tema implica considerar que la influencia del bloque de constitucionalidad en la estructura jurídica del nuevo sistema penal acusatorio, parte de la idea de que la misma obedece a la necesidad y a la obligación del Estado colombiano, de cumplir los compromisos internacionales adquiridos cuando se incorporan determinadas normas de naturaleza internacional al ordenamiento jurídico nacional, referidas a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Otra idea fundamental es que las leyes colombianas no están libradas a la completa autonomía del legislador, con fundamento en la política criminal del Estado, o que sólo están limitadas por el texto garantista de la Constitución política de 1991.

Por tal razón, no es extraño advertir que dicha figura se haya definido usualmente en términos funcionales, es decir, *como aquel conjunto de normas jurídicas y principios que, además del propio texto constitucional, deben ser consideradas por la Corte Constitucional, al momento de realizar la revisión de constitucionalidad en abstracto de los asuntos sometidos a su competencia*².

Definición que, si bien cuenta con algunas críticas importantes, ha permitido consolidar una institución de textura abierta, que sirve para introducir en el control constitucional y legal, no solo parámetros internacionales para solucionar las tensiones de derechos, sino también el concepto de derecho viviente. Es decir, que se tenga en cuenta que los derechos fundantes del ordenamiento jurídico son cambiantes en su

jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. I, Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, pp. 97 -154.

²Una definición más precisa se puede ver en las Sentencias **C-067 de 2003** y **C-355 de 2006**, cuando se indica que el bloque de constitucionalidad está compuesto: "por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu".

dimensión axiológica y ética, y que, como valores constitucionales e incluso como derechos fundamentales, están guiados por los principios de maximización y protección progresiva, máxime en ordenamientos sancionatorios como el Derecho penal, que limitan bienes jurídicos esenciales incorporados en el sistema de derechos y garantías de la Constitución. En este sentido, la Corte en Sentencia C-028 de 2006, expresó que: "...la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos [tácitos o expesos] que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador".

Ahora bien, desde esta particular perspectiva jurídica, la doctrina constitucional (Sentencias C-195 de 1993, C-179 de 1994, C-1490 de 2000, C-774 de 2001, C-067 de 2003 y de fecha reciente la C-355 de 2006) entiende que el bloque de constitucionalidad está conformado por dos clases o grupos de normas y principios.

Las primeras que configuran el bloque de constitucionalidad en *sentido estricto*, suponen normas jurídicas y principios de jerarquía constitucional (material), porque **han sido integrados formalmente a la Constitución**, por el Constituyente (Constitución, artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102, inc. 2° y Sentencia C-225 de 1995); dado lo cual, estas normas representan un parámetro de constitucionalidad de las leyes, al punto que pueden comportar la invalidación de una norma específica. Son parte del bloque en sentido *lato*:

i) El preámbulo; **ii)** el articulado de la Constitución; **iii)** algunos tratados y convenios internacionales formalmente aprobados e incorporados al derecho interno por Colombia, siempre que, *de un lado*, se reconozca un derecho humano o humanitario intangible y, *de otro*, se trate de derechos o libertades fundamentales cuya limitación esté prohibida durante los Estados de Excepción (Constitución, artículos 93 y 214), como lo serían el derecho a la vida, la dignidad humana³, la igualdad, la libertad, la intimidad y las garantías judiciales indispensables, materializadas por los principios de legalidad, irretroactividad, favorabilidad⁴, el

³ Sobre el concepto de la dignidad humana, véase Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, num. 8.1.

⁴ Sobre el deber de respeto a los derechos de proporcionalidad y razonabilidad, cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996, C-205 de 2003.

derecho a ser oído y el derecho de defensa, entre otros derechos previstos por los artículos 8 y 27.2 de la CADH y 4° del PIDCP. Son instrumentos que prevalecen en el orden interno de conformidad con el artículo 93 de la Carta. En este caso, se trata de verdaderos instrumentos vivos que sirven como pilares hermenéuticos de los derechos consagrados en el texto constitucional y *‘cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales’* (Sentencias C-358 de 1997, C-028 de 2006 y C-355 de 2006)⁵; **iv)** los tratados limítrofes aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República (Constitución, artículo 102, inciso 2° y Sentencia C-191 de 1998); **v)** los Convenios internacionales del trabajo No. 88 y 89 (OIT- Constitución Política, artículo 53 y Sentencias T-568 de 1999 y C-401 de 2005), reconocidos por la Corte Constitucional (Sent. C-592 de 2005); **vi)** las leyes orgánicas (Sentencia C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993); y **vii)** algunas leyes estatutarias (Sentencia C-179 de 1994, C-578 de 1995), por ejemplo: la Ley 137 de 1994 sobre estados de excepción.

Desde luego, dicha integración normativa a la Constitución no supone un valor absoluto o la prelación automática e incondicional de los principios y derechos contenidos en dichos instrumentos normativos, frente a otros derechos fundamentales o humanos, cuando los primeros impliquen un sacrificio irrazonable a las personas, desconozcan la libertad individual y la justicia social (Sentencia C-355 de 2006); dicho lo cual, deben ser interpretados en forma sistemática y armónica entre sí y con la Constitución (Sentencia C-028 de 2006)⁶.

⁵ Ejemplos de dichos tratados serían: Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Ciertas normas de la Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, y los convenios de Ginebra, entre otros. En este sentido, por ejemplo, la Corte reconoció expresamente en la Sentencia C-1001 de 2005, que las normas internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad en materia de libertad personal.

⁶ Como se afirma en la misma Sentencia C-028 de 2006: "En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele

Las segundas que configuran el bloque de constitucionalidad en *sentido amplio o lato* suponen, por el contrario, otras normas y principios de diversa jerarquía, superior a la de las leyes ordinarias, que no tienen rango constitucional, y constituyen reglas de verdadero valor constitucional como datos, factores o '*parámetros necesarios*' e indirectos para analizar la constitucionalidad de la legislación frente a los derechos fundamentales (Sentencia C-592 de 2005).

En este sentido, forman parte del bloque en sentido lato: **i)** los tratados internacionales sobre derechos humanos que no impliquen derechos cuya prohibición esté limitada durante los estados de excepción, **ii)** otros convenios internacionales sobre el trabajo; **iii)** la doctrina auténtica y la jurisprudencia de la Corte IDH (Sentencia C-010 de 2000⁷). Todas ellas, siempre y cuando desarrollen un estándar de protección mayor que el otorgado por la Constitución o la jurisprudencia constitucional (Sentencias C-010 de 2000; C-04 de 2003 y T-453 de 2005 y C-355 de 2006, entre otras). Precisamente, no todas las normas, tratados o convenios internacionales integran el bloque de constitucionalidad. Y podrían llegar a serlo en el futuro, de manera condicional y realmente excepcional (Sentencia C-355 de 2006), (advirtase que a la fecha no existe jurisprudencia internacional o nacional de constitucionalidad o unificación sobre la materia); **iv)** las recomendaciones y las declaraciones de principios de otras instancias internacionales (como la ONU, la OEA y diversos comités de derechos humanos) que monitorean y dan contenido teleológico

abarca diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público".

⁷ Dicha sentencia afirma que "En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales". Sobre el punto, vid. las Sentencias C-406 de 1996, C-067 de 2003 y T-1391 de 2001. También, cfr. la Sentencia C-355 de 2006, num. 3.2.1.4.

relevante a los tratados internacionales aludidos y a los derechos consagrados en la Constitución política⁸.

En cualquier caso, la sentencia C-591 de 2005 expresamente indica que "*para efectos de **interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, al igual que a las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario***" (negritas por fuera del texto original).

En fin, el concepto de bloque de constitucionalidad es limitado y complejo; pero como se verá a continuación, juega un papel fundamental en el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

III. UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL SISTEMA ACUSATORIO

El sistema procesal penal de investigación, acusación y juzgamiento penal de tendencia o perfil acusatorio –que mantiene algunas de las características del sistema mixto⁹–, fue introducido por virtud del Acto Legislativo No. 03 de 2002, modificadorio del modelo constitucional previamente dispuesto por los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución de 1991, y desarrollado legalmente por la Ley 906 de 2004 (Diario oficial No. 45.657)¹⁰. Dicho Código que, entre otras cosas, fue declarado exequible de manera condicionada por la Sentencia C-925 de 2005, porque

⁸ Sobre el tema, vid. Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, num. 3.2.1.3.

⁹ Lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia C-454 de 2006. Desde luego, dicha visión está condicionada a que las futuras reformas legales no desvirtúen los parámetros básicos del sistema acusatorio, sobre todo en materia de libertad personal.

¹⁰ Sobre la constitucionalidad del acto legislativo que provee facultades extraordinarias "legislativas" al ejecutivo para el nuevo sistema penal acusatorio, cfr. las Sentencias C-970 de 2004 y C-888 de 2004. Sobre la constitucionalidad del trámite legislativo de la reforma constitucional, cfr. la Sentencia C- 1039 de 2004.

algunas de sus instituciones jurídicas fueron modificadas sustancialmente por los decretos presidenciales reglamentarios de corrección de la Ley (Decreto 2770 de 2004), en el sentido de que la ley procesal penal debe ser interpretada conforme a la verdadera voluntad del Congreso, y los errores –*analizados en la sentencia*– deben ser subsanados por vía hermenéutica, pues no se olvide que constituye ‘*una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes y una cierta relación con su entorno*’. También fueron declarados inexecutable los Decretos números 2637 de 2004 y 2697 de 2004¹¹, reglamentarios de la referida ley procesal.

Diseño procesal que, adicionalmente, cuenta, como una de sus características sistémicas no consustanciales (Sentencia C-873 de 2003), atendida la libertad de configuración del constituyente derivado, con una aplicación e implementación progresiva según el artículo 530 CPP, siempre y cuando preexistan los recursos necesarios para su funcionamiento en el respectivo distrito judicial (parámetro de control). Esta forma de implementación fue declarada executable por las sentencias C-801 de 2005 y C-1179 de 2005, de acuerdo con el artículo 5° transitorio del acto legislativo, porque la Corte concluyó, luego de un extenso análisis jurídico, que dicha progresividad no vulneraba los principios superiores de Unidad de la República, igualdad (Constitución, artículo 13), debido proceso (artículo 29) y favorabilidad en materia de justicia penal¹².

¹¹ Sobre la inconstitucionalidad de tales decretos presidenciales, cfr. la Sentencia C-672 de 2005.

¹² Los argumentos de la demanda analizada en la Sentencia C-1179 de 2005, con respecto a la vulneración de los derechos de igualdad y favorabilidad, fueron los siguientes: por lo que concierne a la igualdad, el demandante entendió que la Ley 906 de 2004 generó "tratamientos legales diferenciados entre los distintos distritos judiciales del país pues en tanto que en unos de ellos se aplicaría el nuevo régimen procesal, en otros se aplicaría el régimen procesal anterior, desconociendo con ello que todos los ciudadanos deben ser tratados de manera igual por la ley". Por lo que atañe a los principios de favorabilidad y del debido proceso, en la demanda se argumentó que "los dos sistemas procesales se aplicarán en distritos judiciales específicos, sin que haya lugar a aplicar el nuevo régimen, por ser más favorable, en un distrito en el que aún no ha entrado en vigencia o, a la inversa, a aplicar el sistema anterior, también por resultar más beneficioso, en un distrito en el que el nuevo modelo ya haya entrado a regir". La implementación del sistema tendrá lugar a partir del 1° de enero de 2005 y deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de Diciembre de 2008, conforme al artículo 5° del mismo acto legislativo.

Por lo que respecta al alcance jurídico del acto legislativo 03 de 2002, el nuevo modelo procesal penal –parcialmente adversarial– introduce "*nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política*" (Sentencia C-423 de 2006) o nuevos "*límites teleológicos constitucionales expresos*" (Sentencia C-730 de 2005), que condicionan formal y materialmente la estructura y la naturaleza general del proceso penal colombiano en sentido legal. De este modo, en la Sentencia C-801 de 2005, la Corte sostuvo que "[e]stos sistemas están caracterizados, entre otras cosas, por la distribución de las funciones de investigación y acusación, por una parte, de la de juzgamiento, por otra; por la concentración de las facultades investigativas en la Fiscalía General y de las judiciales en los jueces y tribunales; por la reserva judicial para las afectaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos a que hay lugar con ocasión del proceso penal; por la legitimación democrática del proceso penal a través de instituciones como la elección popular de fiscales y jueces o la participación del gran jurado y del jurado popular; por la racionalización de la selectividad del sistema penal a través del principio de oportunidad y por la promoción de un juzgamiento público y oral", límites o parámetros que –en principio– no cobijan regímenes especiales consagrados expresamente en la Constitución como, por ejemplo, las investigaciones de competencia de la Corte Suprema de Justicia, la jurisdicción indígena y los mecanismos alternativos de solución de controversias, que cuentan con sus propias especificidades jurídicas (Sentencias C-1009 de 2005 y C-591 de 2005).

Por supuesto, es necesario advertir que el condicionamiento estructural del proceso penal ordinario es de doble vía, porque no solo su estructura legal debe acatar los nuevos parámetros constitucionales acusatorios como límites a la potestad de configuración del legislador, sino que, como lo advierten las Sentencias C-591 de 2005, C-592 de 2005 y C-423 de 2006, dichas reglas acusatorias nucleares igualmente deben ser *legítimas*, es decir, deben potenciar y maximizar los principios y derechos incorporados a la propia Constitución –aspecto que la doctrina ha denominado como la constitucionalización del Derecho procesal penal–¹³.

¹³ En la Sentencia C-939 de 2002, la Corte afirma: "En esta perspectiva, la Corte ha señalado que "ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores

De este modo, se deben considerar dos aspectos: *en primer lugar*, que las modificaciones constitucionales que introdujo el acto legislativo 03 de 2002 sólo implican cambios en la parte orgánica de la Constitución, mas no en la parte dogmática, por lo que se refiere a los derechos, valores y principios de rango constitucional (artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32 e incluso aquellos incorporados al bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 –Sentencia C-205 de 2003–) que condicionan toda la legitimidad y validez de las instituciones jurídicas incorporadas en el sistema procesal ordinario, en virtud del principio de unidad de la Constitución¹⁴.

Y, *en segundo lugar*, que aunque se hable de un ‘nuevo modelo acusatorio’ delineado básicamente por la Constitución, ello no supone –como se ha dicho– el abandono de ciertas líneas jurisprudenciales nacionales o internacionales referidas a derechos fundamentales en el proceso penal, sobre todo, cuando desconocerlas implicaría ignorar las exigencias necesarias para armonizar –desde el punto de vista hermenéutico– dicho sistema de juzgamiento civilizado con la Constitución política o con los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (Constitución, artículo 93), especialmente con los artículos 8, 9 y 27.2 de la CADH, al igual que los artículos 4 y 15.1 del PIDCP.

En este orden de ideas, a partir de la labor de la Corte Constitucional, y en una lectura sistemática del artículo 250 superior, del Acto Legislativo

y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas". Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal".

¹⁴ Precisamente, en la Sentencia 355 de 2006, la Corte indicó que "...como es lógico, dentro de un Estado constitucional de derecho, estas decisiones no pueden contradecir los valores, principios y demás normas del ordenamiento superior, el cual actúa como fundamento de legitimidad y límite a dicha libertad configurativa".

No. 03 de 2002 y de los principios y reglas de la Ley 906 de 2004, es posible precisar los principios esenciales y propios del ‘nuevo’ proceso penal ordinario, ampliamente desarrollados en las Sentencias C-873 de 2003, C-591 y C-592 de 2005 como *ratio decidendi*. Normas que sin duda le otorgan al Legislador penal cierto ámbito de libertad y autonomía –en ejercicio de poder público– para configurar el proceso (Sentencia C-822 de 2005¹⁵), sin que ello implique la capacidad de crear instituciones o establecer restricciones normativas desproporcionadas o arbitrarias (Sentencia C-939 de 2002), o de desvirtuar el sistema por fuera de futuras reformas constitucionales. Dichos principios son:

Principio 1. La regulación constitucional expresa de quienes pueden ser los actores que integran la relación jurídico-procesal y el alcance de sus facultades jurídicas. Ha dicho la Corte constitucional que el proceso penal se estructura como un sistema de juzgamiento controversial, que pretende alcanzar la justicia material, en el que intervienen de modo expreso: (a) las víctimas; (b) el imputado; (c) el Fiscal¹⁶; (d) el Juez del conocimiento de la causa; (e) el Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación (Sentencia C-699 de 2003); (f) el Juez de control de garantías y (g) los Jurados, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale una ley futura (sentencias C-823 de 2003 y C-591 de 2005 y C-425 de 2006).

Tales funciones de las partes deben ser expresas y taxativas. No se olvide cómo la Corte Constitucional declaró inexecutable, en la Sentencia

¹⁵ Expresa dicha sentencia: "Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser "*proporcionales stricto sensu*", esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar".

¹⁶ La Corte ha aclarado que la Fiscalía general de la Nación, a la luz del nuevo sistema penal acusatorio, hace parte de la rama judicial del poder público, como un órgano con autonomía administrativa y presupuestal (Sentencias C-591, C-592 de 2005, C-1195 de 2005), que se guía por las directrices del Fiscal General, con base en los principios de unidad de gestión, competencia preferente y jerarquía (Const. Pol., artículo 251, num. 3; Sentencia C-979 de 2005).

C-673 de 2005, el num. 16 del artículo 324 del CPP, precisamente, porque el legislador no fijó parámetros claros al momento de regular las condiciones legales para aplicar el principio de oportunidad reglada, como excepción a las funciones constitucionales y legales de investigación que le corresponde adelantar en el nuevo sistema al Fiscal y que no puede –salvo las autorizaciones legales– suspender, interrumpir o renunciar, funciones que debe controlar el juez de garantías de cara al principio de legalidad.

Así, en las Sentencias C-730 de 2005 y C-1194 de 2005, la Corte precisó el alcance de la transformación del rol del Fiscal en el nuevo sistema de tendencia acusatoria, cuando advirtió que "*el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado*", pues ya no ejerce de manera general funciones jurisdiccionales, sino que ejerce básicamente las funciones de ente de la acusación: "a la Fiscalía General de la Nación compete adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo". Mientras que en materia probatoria, indica que el cambio de paradigma le impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance.

Sobre la investigación, cobra relevancia el tema del plazo razonable de cara a los artículos 7.5, 8.1 y 25 de la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁷. En este sentido, la Corte Constitucional indicó, en las Sentencias C-411 de 1993 y C-1154 de 2005, que "*la razonabilidad del término de un plazo de investigación dentro del proceso penal debe estar condicionada por la naturaleza del delito imputado, el grado de complejidad de su investigación, el número de sindicados y los efectos sociales que de éste se desprendan*". Lo que constituye un parámetro de control para los derechos de las víctimas.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Genie Lacayo*, Sentencia de enero 29 de 1997, serie C, N° 30, §§ 77-81; Caso *Suárez Rosero*, Sentencia de noviembre 12 de 1997, serie C, N° 35, §§ 67-75.

Desde luego, el principio superior de justicia material ha sido desarrollado, particularmente, frente a dos clases de sujetos, en sede de control constitucional de las normas procesales de tendencia acusatoria: i) las víctimas y ii) el tercero civilmente responsable¹⁸.

i) Por lo que concierne a las víctimas en el sistema de procedimiento penal –reconocidas desde la audiencia de acusación, CPP, artículo 340, la Corte Constitucional en las Sentencias C-504 de 2005 y C-425 de 2006 desarrolla ampliamente el principio fundamental de la integralidad de la reparación (*restitutio in integrum*), plasmado en las Sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001, C-228 de 2002, C-916 de 02 y C-899 de 2003, entre otras.

En virtud de este principio, al igual que sucede en el derecho internacional contemporáneo (sentencias C-454 de 2006 y Constitución, artículos 93 y 250 numerales 6 y 7), las víctimas y los perjudicados no solo tienen derecho a la plena reparación integral de los perjuicios causados por el delito y al reestablecimiento de sus derechos y bienes jurídicos violentados (P. EJ: *reparaciones comunitarias y simbólicas, restituciones, verificación de los hechos, medidas de satisfacción y de no repetición*)¹⁹, sino que, también, tienen derecho, por virtud del bloque de constitucionalidad, a la revelación completa y pública de la verdad como posibilidad de conocer lo realmente sucedido y a la justicia como no impunidad y plena participación en el proceso. Precisamente como un desarrollo inherente a la dignidad de la persona humana (cfr. entre otros los casos *Velásquez Rodríguez* (fundamento 166), Sentencia del 29.07.1988 y *Barrios Altos* (fundamento 43), Sentencia del 14.03.2001 de la Corte IDH). De hecho, reconocer solamente el derecho a la reparación económica constituiría una grave vulneración de los derechos humanos de las víctimas.

¹⁸ Sobre dicho interviniente, la Sentencia C-423 de 2006 afirma que: "a pesar de no ser considerado como sujeto procesal durante el proceso penal, tampoco es ajeno al mismo, por cuanto es llamado a participar durante la última etapa de aquél, cual es, el incidente de reparación integral, y al mismo tiempo, sus bienes pueden ser afectados con una medida cautelar desde la etapa de investigación. Tal estado de cosas admite tres posibles interpretaciones, como pasa a explicarse".

¹⁹ Precisamente, el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración que le concede la Constitución, ha condicionado en algunos casos la concesión de los subrogados penales, como la libertad condicional, a la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito.

Así mismo, de la Sentencia C-423 de 2006 se desprende que ninguna reforma legal tiene la capacidad constitucional de otorgar facultades a otros sujetos, que incluso supongan en términos amplios, una mejor posición general que aquella que pueden tener las víctimas, a quienes incluso la Sentencia C-1154 de 2005 facultó para solicitar la reapertura de la investigación, cuando les haya sido comunicado el archivo de las diligencias de manera motivada. En este punto, la Corte introdujo –*como protección a sus derechos*– la intervención del juez de garantías cuando la solicitud de reanudación les sea denegada y exista polémica entre las víctimas y la fiscalía.

ii) De otro lado, en la Sentencia C-423 y C-425 de 2006, la Corte analizó la trasgresión efectiva del derecho de defensa –consagrado en la Constitución, artículo 29 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia– del **tercero civilmente responsable**, cuando a lo largo de la investigación penal se decretan y practican medidas cautelares que le perjudican –directamente– al recaer sobre bienes de su propiedad (CPP, artículo 100), medidas cautelares de naturaleza judicial que éste no podía controvertir hasta el incidente de reparación integral de perjuicios, luego de haber concluido el juicio oral, precisamente, por no ser parte procesal o interviniente en el nuevo sistema penal ‘*acusatorio*’. Incidente que, conllevaba, del mismo modo, la imposibilidad real de controvertir la responsabilidad penal del acusado, que es lo que constituye precisamente el fundamento jurídico de la obligación de reparación.

En este caso, la Corte solucionó la controversia jurídica al considerar que: **a)** Argumentar que el derecho de defensa se respeta porque el tercero puede participar en el incidente de reparación integral de perjuicios, es injustificado. **b)** No se puede equiparar plenamente al tercero civilmente responsable con las partes procesales, pues se desvertebraría el esquema constitucional del proceso y se desestructuraría el equilibrio permanente entre la defensa y la acusación, al quedar éste con una posición procesal más favorable que las víctimas (*equality of arms*). **c)** A pesar de no poder considerar legalmente al tercero civilmente responsable como parte procesal o interviniente en el nuevo sistema de tendencia acusatoria, no resulta legítimo que el legislador lo coloque en situación de absoluta indefensión, al restringir

el derecho de defensa a través de una omisión legislativa –relativa– (Sentencia C-425 de 2006). En consecuencia, fue necesario, de cara al artículo 29 Superior, garantizar al tercero civilmente responsable las facultades necesarias para ejercer plenamente su derecho de defensa, en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra, incluso mediante los recursos de ley.

Principio 2. La igualdad y equilibrio permanente de armas entre la defensa y la acusación como partes procesales, la separación entre las funciones de investigación y juzgamiento y la transparencia del juicio o el ‘Fair trial’. Como lo advierte la Sentencia C-1195 de 2005, "*en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales*". Tal principio, en consecuencia, obliga garantizar a la contraparte el escenario adecuado para controvertir las pruebas y evidencias materiales dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer.

Así las cosas, la igualdad de armas es un principio cardinal de los sistemas acusatorios modernos y una característica de la metodología de investigación del mismo (Constitución, artículo 250), que ha sido desarrollado y complementado por varias sentencias de la Corte Constitucional. En dichas sentencias, por ejemplo, la Corte analizó a fondo la finalidad y naturaleza de la institución procesal del descubrimiento de pruebas, institución procesal que se dirige a garantizar en forma concreta: **i)** a la defensa, el conocimiento del material de convicción que el Estado hará valer en juicio, y las evidencias materiales favorables al procesado que se hayan recaudado en investigación. Y **ii)** a la Fiscalía, el conocimiento del material que la defensa haya recaudado desde el momento en que se tuvo conocimiento de la existencia de una indagación, o bien, cuando se hizo la imputación. Todo ello, para evitar '*la presentación sorpresiva del material de convicción en el juicio*', es decir, la falta de transparencia en el juicio, y garantizar la justicia material.

De igual manera, como desarrollo del principio de gratuidad de la defensa, se reitera la posibilidad de que esta parte procesal pueda acceder al

material de convicción recaudado por los organismos oficiales (Sentencias C-1194 de 2005 y C-890 de 2005²⁰). Todo ello, como se advertirá, como desarrollo inherente a las garantías del debido proceso.

Principio 3. La restricción de derechos fundamentales debe estar precedida por discusiones en sede jurisdiccional. Sobre el particular, por ejemplo, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 327 en la Sentencia C-979 de 2005, advirtió que en el modelo procesal de tendencia acusatoria, "[1]a salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y la funcionalidad de la administración de la justicia penal y los derechos fundamentales del investigado".

Dicho lo cual, no resulta posible sustraer del control o de la decisión del juez de garantías, como *'el principal garante [autónomo e independiente] de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales'*, decisiones como (Sentencia C-984 de 2005), por ejemplo:

En primer lugar. Las condiciones que puede imponer el Fiscal al imputado durante el tiempo de suspensión del procedimiento a prueba, porque dichas condiciones pueden entrañar amplias posibilidades de afectación de derechos fundamentales (Sentencia C-979 de 2005).

²⁰ En este sentido, la Sentencia C-980 de 2005, indica que "[d]e acuerdo con el esquema de "igualdad de armas" que irradia al nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria, instituido a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, es claro que el contenido de las normas acusadas se dirige a garantizar a la defensa, integrada por el imputado y su apoderado, la participación activa en la conformación del material probatorio del proceso, en las mismas condiciones que lo hace el ente acusador. Así, tales preceptos le reconocen a la defensa la facultad para recoger evidencia durante la etapa de investigación y para acceder en forma gratuita a los medios técnicos y científicos con que cuenta el Estado en procura de su valoración; en este último caso, cuando por razones económicas o de otra índole el imputado no esté en capacidad de acudir a peritos particulares o de su confianza conforme lo autorizan los artículos 204 y 413 de la misma ley".

En segundo lugar. La interrupción o la renuncia excepcional al ejercicio de la acción penal, mediante el principio reglado de oportunidad, limitado de forma clara y expresa dentro del marco de la política criminal del Estado, no puede ser una actividad libre sustraída del control jurisdiccional obligatorio y automático del juez de garantías (Sentencia C-673 de 2005²¹).

Por tal motivo, la Corte declaró inexecutable la expresión: "*siempre que con esta se extinga la acción penal*" contenida en el CPP, artículo 327.

Precisamente, la Sentencia C-979 de 2005 sostiene que "*La expresión "siempre que con ésta se extinga la acción penal" que forma parte del artículo 327 del C.P.P., al condicionar el control judicial obligatorio y automático del principio de oportunidad a tal exigencia, restringe el ámbito de aplicación de este control que explícitamente prevé el artículo 250 de la Constitución. Tal expresión, en cuanto reduce el principio de oportunidad a uno solo (la renuncia), de los tres supuestos procesales (renuncia, interrupción y suspensión) a través de los cuales actúa, desconoce las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corte en el sentido que la oportunidad reglada opera a través de la renuncia, la suspensión y la interrupción de la acción penal. Despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba, comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (Arts. 2° y 5°), así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (Arts. 13 y 228), porque se crearía la posibilidad que unas decisiones que afectan derechos fundamentales estuviesen amparadas por el*

²¹ Dicha sentencia reza respecto de la voluntad del legislador al configurar el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad: "(i) diseñar un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos **límites normativos** y **controles materiales judiciales** concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no sólo para los delitos "*bagatela*" sino que también se constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado; y (v) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia".

control judicial, en tanto que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control".

En tercer lugar. En las Sentencias C-591 de 2005, C-730 de 2005, C-1001 de 2005 y C-456 de 2006, se reitera la obligatoriedad del control imparcial del Juez de Garantías frente a ***las medidas cautelares de restricción de la libertad personal*** (CPP, artículo 2º, inciso final) y se declara *inexequible* la posibilidad excepcional de captura sin orden judicial por parte de la Fiscalía General de la Nación (CPP, artículo 297 Parágrafo), hasta tanto no se regulen legalmente por el legislador penal los presupuestos, requisitos, límites e hipótesis excepcionales derivados del artículo 250, numeral 1 de la Constitución. Todo ello, en atención a la reserva judicial de la orden de captura que se desprende del artículo 28 superior, que restringe la discrecionalidad constitucional de ciertas autoridades como desarrollo de los principios de legalidad de motivos fundados –*garantía insustituible para la libertad individual* (Sentencia C-774 de 2001²²)–, razonabilidad, proporcionalidad, imparcialidad y representación democrática²³. Principios cardinales que, al no ser respetados por el constituyente secundario,

²² Dicha Sentencia indica lo siguiente: "35. El control de legalidad de las medidas de aseguramiento, constituye una garantía para la protección de dos derechos fundamentales: la libertad personal y el debido proceso. Por ende, si se trata de un instrumento tendiente a salvaguardar un derecho constitucional, los titulares del mismo, o quienes estén llamados a su defensa, no pueden ser excluidos cuando se encuentren en situación de igualdad con respecto a quienes están legitimados legalmente para invocar la especial protección".

²³ Así, en la Sentencia C-591 de 2005, la Corte indicó que "[e]l poder de coerción sobre quienes intervienen en el proceso penal fue objeto de una clara reforma por el Constituyente derivado, en la medida en que bajo el nuevo sistema, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada por un juez, a saber, el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente. Ahora bien, a pesar de que en el nuevo sistema la regla general es que sólo se podrá privar de la libertad a una persona por decisión judicial, se mantiene la posibilidad de que en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación realice capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1, modificado); pero resalta la Corte que ésta es una hipótesis claramente excepcional. Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales".

implicaron declarar inexecutable, por ejemplo, la captura excepcional en materia de acciones terroristas, prevista en el artículo 28, último inciso, del Acto Legislativo 02 de 2003.

Desde luego, dicha reserva judicial incluye: i) la obligatoriedad del mandato escrito en los eventos de estados de excepción, salvo los casos de urgencia manifiesta y comunicación verbal de la orden de captura previstos en el artículo 38 de la Ley 137 de 1994 Estatutaria de los estados de excepción –declarado executable en la Sentencia C-179 de 1994–, y ii) la obligación de las autoridades de poner a disposición del juez de control de garantías a los capturados dentro de las veinticuatro o treinta y seis horas siguientes según el caso, incluso en aquellos eventos delimitados por el constituyente en el artículo 32 de la Constitución, referidos a las hipótesis de flagrancia.

Los demás casos de restricción de la libertad, ha dicho la Corte (Sentencias C-591 de 2005 y C-1001 de 2005), "*...únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales*" o establecer listas automáticas de delitos frente a los cuales proceda de manera inmediata y sin control de razonabilidad, la restricción de derechos fundamentales como la libertad. En este caso, dicha modificación del sistema iría en contra de los postulados axiológicos que soportan el andamiaje constitucional del proceso penal.

Desde luego, siempre se debe tratar de medidas restrictivas de derechos que puedan ser revocadas en cualquier momento por el Juez, cuando hayan desaparecido los fundamentos formales o materiales para mantenerlas o –mejor aún– para haberlas decretado en sede judicial. Dicho lo cual, constitucionalmente, se reafirma el principio de libertad (Sentencia C-456 de 2006), atendidos los principios y derechos consagrados en la DUDH de 10.12.1948 (artículo 12); el PIDCP, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 (artículo 9); la CADH ratificada por la Ley 16 de 1972 (artículo 7º) y por los artículos 2º, 295 y 308 de la Ley 906 de 2004. Y,

En cuarto lugar. Es claro que otras atribuciones de la Fiscalía, como por ejemplo: **a)** adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptar comunicaciones (Sentencia C-673 de 2005); **b)** asegurar los materiales probatorios en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de los derechos fundamentales; **c)** solicitar la preclusión de la investigación (Sentencias C-873 de 2003 y C-1154 de 2005), entre otras; deben contar siempre, o bien con el control judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes a su realización o con la autorización o decisión expresa del juez de control de garantías, tal como lo afirma la Sentencia C-591 de 2005. Por ello, resulta inadmisibles construir un sistema que vuelva a pretermitir las funciones constitucionales de las partes, mediante cláusulas de naturaleza excepcional. Ello sería volver a los estatutos de guerra del siglo xx, donde la libertad individual en verdad constituyó una sombra de su propia esencia ensalzada bajo una falsa idolatría jurídica.

Principio 4. Las etapas del procedimiento, por lo que se refiere al juicio oral. Instancia procesal que la Corte ha delineado en diversos pronunciamientos, de este modo:

En primer lugar, en las Sentencias C-873 de 2003 y C-1260 de 2005, la Corte Constitucional advirtió que el juicio constituye el ‘centro de gravedad del proceso penal’. No en vano, se trata de una de las modificaciones más importantes del nuevo sistema de tendencia acusatoria, a diferencia de la investigación, que en comparación resulta una etapa "*preprocesal*" (Sentencias C-925 de 2005 y C-1194 de 2005) o "*una preparación para el juicio*", tal y como se desprende de la exposición de motivos del Acto Legislativo No. 03 de 2002²⁴.

²⁴ En la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2002, expresa lo siguiente: "...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador– ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión. Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual...".

En segundo lugar, dicho juicio es la oportunidad procesal para practicar y valorar –de forma pública– las pruebas pertinentes, con participación directa del juez del conocimiento, de los jurados cuando haya lugar a ello y de las partes procesales, lo que incluye a las víctimas reconocidas en el proceso. Todo ello, con fundamento en los principios de inmediación procesal de las pruebas, concentración y posibilidad de controversia. De este modo, se debe garantizar que el juez del conocimiento sólo pueda condenar con base en pruebas debidamente controvertidas y aportadas que lo lleven a la convicción de la responsabilidad del procesado: más allá de toda duda razonable. Aspecto que refuerza la independencia judicial como una garantía internacional ajustada al artículo 8° de la CADH, que demanda que un tercero imparcial tome una decisión final con fundamento en el conocimiento derivado de las pruebas debatidas en el juicio acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Sin embargo, que el Legislador haya abandonado el principio de *permanencia de la prueba*, no implica entender que el principio de inmediación es absoluto en el nuevo sistema procesal, de cara a los artículos 250-1, 250-4 y 29 de la Constitución Política. Precisamente, la Corte Constitucional sostuvo en las Sentencias C-591 de 2005, C-1154 de 2005, y C-925 de 2005, que dicho principio no se vulnera cuando interviene el juez de garantías, quien, a solicitud de las partes y para proteger a las víctimas, de manera excepcional y urgente puede decretar y practicar ‘pruebas’ anticipadas observando las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio, siempre que existan motivos fundados y extrema necesidad de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio (CPP, artículos 16 y 284.4), pruebas que en sentido estricto aún no tendrían la naturaleza de pruebas²⁵; máxime si las mismas deben ser repetidas –

²⁵ En efecto, en la Sent. C- 952 de 2005, se afirma: "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. (...)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".

de ser ello posible– en el juicio por el juez del conocimiento (CPP, artículo 284.3), precisamente, para garantizar mejor el equilibrio procesal derivado de los postulados de convencimiento más allá de toda duda razonable, ***contradicción, inmediación, concentración²⁶ e igualdad en el sentido de igualdad de oportunidades procesales.***

En cualquier caso, dicha modificación al sistema de juzgamiento supone garantizar que no existan pruebas secretas u ocultas, pues el contradictorio se debe basar en el esquema de pruebas conocidas y dudas razonables, por lo cual, la Corte ha dicho, por ejemplo: que la identidad reservada de los informantes no vincula al Juez de garantías (CPP, artículo 221, inciso 2º) (Sentencias C-673 y C-1260 de 2005²⁷).

Así mismo, se garantiza la exclusión de pruebas directas o derivadas nulas de pleno de derecho por haber sido obtenidas con violación de las garantías

También agrega la Sentencia C-1194 de 2005, que "[e]n el nuevo modelo, la Fiscalía, en ejercicio de sus funciones de ente investigador –desprovista en sentido estricto de funciones jurisdiccionales– carece de competencia para recaudar lo que técnicamente se denomina prueba procesal. Los elementos de convicción recopilados en las pesquisas tienen carácter de evidencias, elemento material de prueba o material probatorio, y no constituyen fundamento probatorio de la sentencia, sino en la medida en que el juez decide decretarlos y –en ejercicio del principio de inmediación– valorarlos en las etapas del juicio. Así, el grado de convicción e incriminación que se deriva de un elemento material de prueba no puede aducirse como sustento de la sentencia si el juez no lo ha reconocido previamente como tal".

²⁶ Gaceta del Congreso núm. 339 de 2003. Sobre el particular, la Sentencia C-1154 de 2005, indica: "De acuerdo a lo planteado en la sentencia C-873 de 2003, el principio de concentración busca que la evaluación probatoria se lleve a cabo de manera integral y global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado si fuere el caso, una visión de conjunto que le permita fundamentar sus decisiones en la apreciación simultánea de la totalidad de las pruebas existentes. Adicionalmente, el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal dispone como criterio de valoración de la prueba su valoración en conjunto".

²⁷ Sobre el particular, la Corte dijo: "No existen así pruebas secretas ni ocultas en la medida que el nuevo sistema penal impone su práctica durante una audiencia pública –etapa del juicio– donde podrán controvertirse. Por ende, sólo cuando el fiscal decide acusar surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información en poder de la fiscalía. Finalmente, debe señalarse que la norma parcialmente acusada refiere es al inicio de la actuación procesal penal como es la formulación oral de la imputación por parte del Fiscal, a fin de comunicarle a una persona su calidad de imputado, momento en el cual el fiscal debe hacer: (i) la individualización concreta del imputado que incluye nombres, datos de identificación y

procesales y los derechos fundamentales; sin perjuicio de entender admisibles aquellas pruebas derivadas que superen la cláusula de exclusión consagrada en el artículo 455 CPP. Es decir, cuando provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse superado (Sentencias C-591 de 2005 y C-1154 de 2005).

En tercer lugar, la oralidad es otra de las características que se desprenden del modelo constitucional de juzgamiento de tendencia acusatoria. Así, en la Sentencia C-591 de 2005, se afirma que se trata de un juicio "...basado en el principio de oralidad, adelantado mediante la sucesión de diversas audiencias públicas, contradictorio, diseñado de forma tal que la persona sea juzgada sin dilaciones injustificadas, respetándosele todas sus garantías procesales..." (Bastardillas nuestras). Característica que tiene como propósito fundamental garantizar al procesado el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas. Y,

En cuarto lugar, el juicio oral solo es excepcionalmente renunciable por el procesado o imputado, siempre que ello se haga de manera *libre, voluntaria, asesorada e informada*, cuando se trata de eventos de terminación anticipada en los que no se surten todas las etapas legales del proceso.

Desde luego, dicha renuncia irrevocable está condicionada a la aprobación del juez de garantías o del conocimiento, una vez verificada –en ejercicio del control judicial– "*la plena vigencia de los derechos fundamentales del imputado o acusado*" y *las garantías constitucionales* (Sentencia C-591 de 2005²⁸). Dichos eventos serían, a título de ejemplo,

domicilio para citaciones, y (ii) la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado sí tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena".

²⁸ Dicha sentencia afirma lo siguiente: "Para la Corte es claro entonces, que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos

los casos en los que se celebran preacuerdos orientados a dictar sentencia anticipada –con presencia del defensor– (Sentencias C-1260 de 2005 y C-1195 de 2005²⁹) o cuando el procesado acepta su culpabilidad al iniciar el respectivo juicio oral (Constitución, artículo 250, numeral 4 y CPP, artículo 8°). De lo contrario, como se verá más adelante, el juicio constituye una garantía irrenunciable y el juez adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.

IV. ALGUNOS DESARROLLOS CONCRETOS EN MATERIA DE DERECHOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Sobre el particular, se analizarán algunos ejemplos:

A. El debido proceso. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado (Sentencia C-591 de 2005) que bajo el nuevo modelo procesal de tendencia acusatoria, las garantías connaturales al debido proceso consagradas en el artículo 29 superior y en diferentes convenios internacionales de derechos humanos (artículo 8° de la CADH y artículo 14 del PUDH), integran en forma clara el bloque de constitucionalidad, de tal suerte que éstas se aplican con preferencia tanto en la etapa de investigación –que la misma Corte ha calificado como previa–, como en la etapa del juicio, frente a víctimas y procesados (bilateralidad de los derechos).

Como se advierte, entonces, las reformas que introduce el acto legislativo se deben interpretar armónicamente con las demás disposiciones de la Ley 906 de 2004 (artículo 3°), para asegurar la legalidad y la eficacia de

fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor".

²⁹ En dicha sentencia se afirma que la manifestación de voluntad del procesado es irrevocable, porque "[E]n este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho".

la administración de justicia en la investigación y juzgamiento de los delitos, y garantizar la libertad de los individuos y demás derechos que puedan resultar afectados, en ejercicio de la potestad de aplicar el *ius puniendi* del Estado (Sentencia C-782 de 2005).

Un ejemplo claro de una interpretación integral de la Constitución (artículos 29 y 229) frente al debido proceso, de cara al artículo 14 del PIDCP, tiene relación con el derecho fundamental *al acceso a la administración de justicia*³⁰ o a la tutela judicial efectiva, como pilar fundamental del Estado social y democrático de derecho, y de la garantía del debido proceso (Sentencias T-268 de 1996 y C-426 de 2002).

Precisamente, en las Sentencias C-1194 de 2005 y C-1177 de 2005, entre otras, la jurisprudencia constitucional reiteró no solo el derecho real, sino igualmente efectivo de los ciudadanos –principalmente de las víctimas– para "*poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes*" (Sentencia C-426 de 2002).

³⁰ En la Sentencia C-1177 de 2005, se afirma que "la jurisprudencia constitucional le ha reconocido al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso, y relacionándolo con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad. Por virtud de tal vinculación, el acceso a la administración de justicia adquiere un amplio y complejo marco jurídico de aplicación que compromete los siguientes ámbitos: (i) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos– para la efectiva resolución de los conflictos; (ii) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (iii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que ella se produzca dentro de un plazo razonables; (iv) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.

De este modo, la jurisprudencia afirmó, una vez analizado el principio de legalidad que gobierna el ejercicio público de la acción penal, por ejemplo, que la ausencia de los requisitos previstos en el artículo 69 de la Ley 906 de 2004, no pueden llevar a la inadmisión *motivada* de la denuncia por falta de fundamento, cuando ha sido presentada por un particular ante la Fiscalía, como ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Salvo que el órgano investigador pueda inferir que el hecho no ocurrió y que no se reúnen las características de un delito investigable de oficio, es decir, que no se presentan los elementos objetivos del tipo penal. Inadmisión que, en cualquier caso, está prohibida a quienes ejerzan funciones de policía judicial y que debe ser notificada a las víctimas (Sentencia C-1177 de 2005) y al ministerio público³¹.

Así mismo, la Corte, en la Sentencia C-454 de 2006, reforzó sustancialmente de cara al artículo 93 superior, la garantía de comunicación a fases previas a una "intervención" formal vertida en el artículo 135 CPP, respecto de todos los derechos (no solamente la reparación) de titularidad de las víctimas de los delitos.

Finalmente, otro de los puntos relativos a la protección del acceso a la administración de justicia y los derechos fundamentales, que actualmente es objeto de airadas polémicas públicas e incluso de proyectos de reforma constitucional, se relaciona con la posibilidad de instaurar acciones como garantías constitucionales sobre ciertas sentencias judiciales. Precisamente, en la controvertida Sentencia C-590 de 2005, la Corte consideró la inexecutable de la prohibición contenida en el artículo 181 CPP, referida a la imposibilidad de instaurar '*acciones*' contra los actos de la jurisdicción, lo que incluye las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia,

³¹ En este sentido, la Sentencia C-1177 de 2005, afirma: "A juicio de la Corte, la decisión acerca de la denuncia reviste particular relevancia para la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados con los delitos, por lo que no puede quedar exenta de controles externos. En consecuencia condicionará la executable de la expresión acusada "*en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento*" a que tal decisión emitida por *el fiscal* sea notificada al denunciante y al Ministerio Público. Ello a efecto de investir tal decisión de la publicidad necesaria para que el denunciante, de ser posible, ajuste su declaración de conocimiento a los requerimientos de fundamentación que conforme a la interpretación aquí plasmada le señale el fiscal, o para que el Ministerio Público, de ser necesario, despliegue las facultades que el artículo 277 numeral 7° de la Constitución le señala para la defensa de los derechos y garantías fundamentales".

cuando éstas afectan de manera directa y protuberante los fundamentos del Estado social y democrático de derecho y en particular los derechos de las víctimas (Sentencia C-454 de 2006).

Sobre el punto, la Corte indicó que dicha prohibición legal no solo era contraria a la naturaleza de la casación como "*control constitucional y legal*"³², según los referentes constitucionales previstos en el artículo 93, sino que, además, vulneraba los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia, como P. Ej.: el artículo XVIII de la DADDH o el artículo 8° de la DUDH³³, por lo que se refiere al derecho de tener un recurso '*sencillo, efectivo y breve*', destinado a proteger los derechos fundamentales como ámbitos de afirmación y realización de la dignidad del hombre y de la democracia participativa y pluralista, contra cualquier actuación u omisión de las autoridades públicas.

Derecho consagrado no solo en el artículo 86 de la Constitución política como fundamental, sino también en los artículos 2° del PIDCP y, 8 y 25 de la CADH³⁴, vinculados al bloque de constitucionalidad por el artículo 93 de la Constitución. Normas que, tal y como lo indica la Sentencia SU-1158 de 2003 y el auto de la sala primera de revisión del 06.08.2003,

³² Con dicha aseveración, la Corte quiso manifestar, en la Sentencia 590 de 2005, que "al concebir el recurso extraordinario de casación como un control constitucional y legal, se está evidenciando que la legitimidad de la sentencia debe determinarse no sólo a partir de disposiciones legales sustanciales y procesales, sino también respecto de normas constitucionales en tanto parámetros de validez de aquellas".

³³ En el mismo sentido, la Resolución No. 40 de 34, del 29.11.1985 de la ONU, Declaración sobre los principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. También, véanse Corte IDH, casos Velásquez Rodríguez, Sent. del 29.07.1988, Caso Castillo Páez, Sent. del 03.11.1997, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sent. 31.08.2001.

³⁴ El artículo 25 de la CADH, dice textualmente: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

obligan al Estado a garantizar el cumplimiento *de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

En este sentido, la Corte advirtió: "*Siendo ello así, la acción de tutela procede también contra los actos que son manifestación del ámbito de poder inherente a la función jurisdiccional y específicamente contra las decisiones judiciales, pues los jueces y tribunales, en su cotidiana tarea de aplicación del derecho a supuestos particulares, bien pueden proferir decisiones que se tornen constitucionalmente relevantes por desbordar el estricto marco de aplicación de la ley y afectar derechos fundamentales*" (Sentencias C-590 de 2005 y T-578 de 2006). Para finalizar, la Corte Constitucional entendió que interpretar el recurso de casación como control constitucional y legal permite ampliar el ámbito de competencia formal del recurso, para atender problemas de fondo en materia penal, planteados en sentencias de segunda instancia.

B. El derecho de defensa. Con independencia de las consideraciones realizadas en el acápite anterior sobre el particular, la Corte ha expresado que "*el derecho de defensa no puede ser renunciado*" (Sentencias 799 de 2005 y C-591 de 2005), precisamente, por constituir un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico que no tiene límite temporal, por ser de aplicación universal y general. Situación que incluye los desarrollos sobre los derechos del capturado, como por ejemplo:

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 de la misma a través de un interprete, 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 confidencial y efectivamente con su abogado, el derecho a que se le nombre un abogado de oficio si la persona capturada no cuenta con recursos para costear uno de confianza y el derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa, de acuerdo con el artículo 14 del PIDH y con la Observación General No. 13 del Comité de DH para el PIDCP, donde se sostiene que "[l]o que constituye un *"tiempo adecuado"* depende

de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste"³⁵.

Así mismo, de cara al artículo 29 de la Constitución e instrumentos internacionales como el PIDCP (artículo 14.2) y la CADH (artículo 8.2), ambos en concordancia con el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, se desprende que el ejercicio de dicha garantía procesal nuclear, que constituye "*una norma de principio*", debe ser garantizada incluso antes de la formulación de la imputación penal, es decir, con anterioridad a que la persona "*adquiera la condición de imputado*", por la realización de una presunta conducta punible³⁶.

³⁵ En este sentido, la Sentencia C-799 de 2005, indica que tales derechos son: 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 intérprete 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 y 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 y el derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa.

³⁶ En este sentido, la Sentencia C-799 de 2005, afirma que "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". Algunas hipótesis son aclaradas por la Corte en los siguientes términos: "**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. **Segunda:** En el instante mismo de un accidente de tránsito y ante la evidencia de un posible homicidio culposo; la persona sobre la cual recae la supuesta responsabilidad debe poder ejercer su derecho de defensa, con el propósito de demostrar que, por ejemplo, su vehículo estaba en otro carril, el croquis no responde a la realidad de los hechos, solicitar testimonios de personas que afirmen su dicho, entre otras. **Tercera:** Ante los posibles señalamientos públicos, efectuados por la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, en los cuales se endilga algún tipo de responsabilidad penal, debe poder la persona *activar su derecho de defensa* no necesariamente teniendo la condición de imputado".

Garantía constitucional bilateral que se extiende: i) al derecho de oposición de pruebas para contradecir las pruebas presentadas por la contraparte; ii) al derecho a que se conceda la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso –lo que incluye al representante de las víctimas en audiencia preparatoria, Sentencia C-454 de 2006–; iii) a la facultad que tiene el procesado para participar efectivamente en la producción de la prueba presentada por la contraparte, según el artículo 8º, inc. 2º, lit. f de la CADH y el artículo 14.2 del PIDCP y el caso *Castillo Petruzzi contra Perú* de la Corte IDH; iv) a exponer sus argumentos respecto del alcance probatorio de los medios de prueba; v) a que la prueba sea pública y regular; y vi) a la obligación del juez de valorar la prueba incorporada y "*de guardar un sólido y coherente análisis argumentativo que permita convalidar la adopción de medidas que impliquen una afectación a los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes*" en sede del proceso penal de tendencia acusatoria (Sentencia C-395 de 2006).

En fin, a tal punto resulta la importancia de la garantía constitucional, que no es posible, una vez el acusado haya negado su responsabilidad penal en el juicio, que se permitan excepciones a la efectividad de los derechos y principios materiales que le asisten en dicha etapa procesal, entre los cuales se destacan: la realización de un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de pruebas y sin dilaciones injustificadas, a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos (Constitución, artículo 250, numeral 4); y sobre todo a pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa.

Por tal razón, la Corte considera ajustado a la Constitución ampliar, por medio de disposiciones legales que desarrollen el principio de dignidad, otras garantías constitucionales de ‘textura abierta’, tales como el derecho a la no auto-incriminación o incriminación de parientes.

C. La reformatio in pejus, doble instancia y cosa juzgada. En materia de doble instancia, si bien se ha reconocido que no se trata de un derecho absoluto, porque el legislador penal tiene amplias atribuciones para configurarlo (Sentencia C-047 de 2006), dicha facultad no puede conllevar

el desconocimiento de normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales del procesado (Sentencia C-179 de 1995 y C-377 de 2002). Siguiendo este postulado, la Corte declaró inexecutable en la Sentencia C-456 de 2005, la imposibilidad de interponer los recursos de ley en aquellos casos en que el sindicato solicite la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, pues carece de sentido que exista el recurso de apelación cuando se impone la medida de aseguramiento (artículo 177) y que subsista la prohibición de interponerlo contra la decisión que resuelve dicha solicitud (artículo 318: "*contra esta decisión no procede recurso alguno*"). De igual manera, declaró que no permitir a las víctimas o a la sociedad la posibilidad de apelar, por ejemplo, la sentencia condenatoria, podría conllevar graves infracciones a sus derechos fundamentales, y al acceso a la administración de justicia.

Sobre la cosa juzgada, la Corte ha reconocido igualmente que no se trata de un derecho absoluto, pues no opera, por virtud del principio de justicia material, en ejercicio de la acción excepcional de revisión, cuando la sentencia formal de instancia –*condenatoria o absolutoria*– es consecuencia de un hecho delictivo (ampliamente, Sentencia C-799 de 2005) o cuando se ha sustentado en pruebas falsas. Ha dicho la Corte Constitucional que en estos supuestos resulta executable la acción de revisión (CPP, artículo 192, causales 5 y 6), precisamente, porque tales fallos formales afectan sustancialmente los derechos de las víctimas a obtener justicia, o los compromisos internacionales del Estado de investigar conductas que puedan ser consideradas graves violaciones al DIDH o al DIH.

De otro lado, derechos como '*la prohibición de reformatio in pejus*', que precisamente son garantías constitucionales en ejercicio de la doble instancia, no pueden ser desconocidos so pretexto de aplicar el principio de legalidad (Sentencias C-799 de 2005 y C-591 de 2005). En otras palabras, desde el punto de vista constitucional "*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*" (CPP, artículo 20). Consideración que admite excepciones, como en los eventos anteriores.

D. Favorabilidad. En relación con el principio de favorabilidad, en las Sentencias C-1092 de 2003, C-592 de 2005, C-708 de 2005, C-537 de 2006 y T-578 de 2006, la Corte estimó que las normas previstas para el

nuevo sistema de tendencia acusatoria, pueden ser aplicadas por virtud del principio de favorabilidad por retroactividad, a casos específicos tramitados por la Ley 600 de 2000, siempre y cuando dichas normas no se refieran a instituciones consustanciales del nuevo modelo procesal, que los referentes de hechos en los dos procedimientos sean idénticos y que la aplicación resulte favorable al procesado.

Así, por ejemplo, en las Sentencias T-1211 de 2005 y T-091 de 2006 se negó la aplicabilidad de las normas en materia de allanamiento de los cargos; mientras que en la Sentencia C-592 de 2005 se afirmó que no se puede descartar la "*posibilidad de que ciertas **normas procesales de efectos sustanciales** consagradas en la ley 906 de 2004, y en particular las que versan sobre el derecho a la libertad (v. gr.: medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados), sean aplicadas en razón del **principio de favorabilidad** en las actuaciones penales que se rigen por la ley 600 de 2000, en virtud de la resolución judicial de la **antinomia** de los principios constitucionales de la **gradualidad**, tan en la base de la eficacia del nuevo sistema, y de la **favorabilidad**, a través del núcleo esencial más fuerte³⁷ del último*".

Desde luego, esta conclusión es el resultado de armonizar y ponderar la vigencia de las garantías sustanciales del debido proceso como la aplicación favorable de la ley penal, con el mandato –también constitucional– de aplicación progresiva del sistema ‘acusatorio’, que admite excepciones para lograr el equilibrio entre las diversas disposiciones de la Constitución. Finalmente, la Sentencia C-801 de 2005 concluye que "*[p]or ello, siempre que se trate de situaciones específicas, susceptibles de identificarse no obstante la mutación del régimen procesal, es posible que, de resultar ello más favorable, las normas del nuevo régimen se apliquen de manera retroactiva a procesos por delitos cometidos antes de su entrada en vigencia y de su aplicación progresiva*".

E. Medidas de protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, según el artículo 4° de la Ley 906 de 2004 en concordancia

³⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil* (Cap. 6, *El derecho por principios*), Madrid. Edit. Trotta, 1995, págs. 109ss.

con el artículo 13 superior. En este sentido, la Corte en la Sentencia C-799 de 2005 indicó tales supuestos, de la siguiente manera: **i)** la asignación de defensor público para quien carezca de recursos para su defensa, **ii)** la asistencia gratuita de víctimas sin recursos y **iii)** la sustitución de la detención preventiva al lugar de residencia, cuando el procesado o procesada: **a)** tenga más de 65 años, **b)** cuando a la procesada le falten dos meses o menos para el parto, **c)** cuando el procesado padezca grave enfermedad y **d)** cuando el procesado o procesada sea madre o padre cabeza de familia.

V. CONCLUSIONES

1. La labor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido realmente muy importante. No solo porque ha delineado claramente los principios básicos no decidibles por el legislador ordinario, que limitan la construcción legal del sistema judicial de investigación, juzgamiento y sanción, sino también porque ha garantizado, entre otras cosas, la plena vigencia bilateral de los derechos fundamentales en el proceso penal, tanto frente al procesado como por lo que corresponde a las víctimas.

2. Queda claro que, si bien el diseño del sistema acusatorio es de raigambre constitucional, ello no implica en ningún caso desconocer la parte dogmática de la Constitución o el bloque de constitucionalidad, de lo cual se sigue que los cuatro principios acusatorios enunciados no son absolutos y admiten excepciones importantes, de cara a la materialidad de los derechos. En este sentido, quiero dejar claro que lo realmente importante, es que el sistema de juzgamiento sea civilizado, no porque acoja un perfil acusatorio, sino porque respete cabalmente los derechos fundamentales y humanos de los ciudadanos. Un sistema acusatorio también puede implicar graves violaciones a los derechos fundamentales, aunque ello implique contradecir a aquellos que consideraron primero el sistema y luego los derechos, en su estructura original.

3. El bloque de constitucionalidad es una pauta fundamental para lograr dicho propósito. No en vano, dicha institución ha permitido ‘humanizar’ las normas procesales. Y así como el sistema acusatorio se ufana de su aplicación progresiva, el bloque de constitucionalidad permitirá progresivamente adecuar muchas normas que todavía resultan defectuosas desde

una perspectiva democrática. Lejos estamos de contar, pues, con un sistema acabado o perfecto.

4. Cualquier reforma constitucional en curso al sistema procesal deberá procurar, no solo ser armónica con los demás preceptos constitucionales en materia procesal, sino, por sobre todo, no implicar retrocesos irrecurables al sistema de garantías constitucionales e internacionales ya adelantado en parte por la Corte IDH y la Corte Constitucional. Deberán, pues, rechazarse aquellas propuestas que pretenden convertir el sistema procesal en un instrumento propio del derecho penal de Ferri o Garofalo, que tanto daño social causaron a Colombia en el siglo XX, mediante la introducción del principio de peligrosidad o a través de la incorporación de listas de conductas punibles frente a las cuales se presume la peligrosidad del sujeto, asignando en forma automática la restricción de derechos sin el análisis de necesidad que dichas medidas requieren, en un sistema social y democrático de derecho.

5. Finalmente, es hora de anclar el sistema de derechos humanos en nuestro país. La comunidad académica debe ser crítica, pero generosa, a la hora de mejorar de manera positiva el sistema procesal de juzgamiento. Son los derechos y no la justicia Show, los criterios idóneos para calificar la utilidad del sistema y su real eficacia en nuestro medio cultural.

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REVISIÓN DE FUENTES.

Luis Javier Moreno Ortiz

*Muchos jueces son incorruptibles,
nadie puede inducirlos a hacer justicia.*
Bertolt Brecht

SUMARIO: **1.** Aproximación al fenómeno de la tutela contra sentencias. § 1. La revolución jurídica de 1991. § 2. El colapso de la estructura jurisdiccional. **2.** Desarrollo del fenómeno. § 3. Asimilación de la institución: los primeros años. § 4. El problema de los derechos fundamentales. § 5. Exploración en el derecho comparado. § 6. Breve digresión de derecho comparado. § 7. El complejo desarrollo de la jurisprudencia. § 8. ¿Un cambio de trayectoria? § 9. Una regla con excepciones. § 10. Polémica en ciernes. § 11. Evaluaciones y críticas. § 12. Hacia una reflexión más madura. § 13. Los precedentes. § 14. El choque de trenes. § 15. El fenómeno se mediatiza. § 16. La problematización. § 17. ¿Problema o síntoma? **3.** Hacia una nueva visión del fenómeno. § 18. El complejo e insuficiente debate teórico. § 19. Más allá de las estadísticas. **4.** Referencias.

1. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS

*La novedad es madre de la temeridad, hermana de
la superstición e hija de la ligereza.*
San Bernardo de Claraval

§ 1. *La revolución jurídica de 1991.* Dos de los cambios más significativos introducidos por la Constitución de 1991 en la tradición jurídica colombiana son la acción de tutela y la Corte Constitucional. Este criterio es compartido por Cepeda (1992, 1993), SÁCHICA (2006) y Botero y Jaramillo (2007).

Los derechos fundamentales se han convertido en uno de los ejes principales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Por la vía de la acción de tutela, todos los jueces, y especialmente la Corte Constitucional, determinando el alcance de tales derechos, han brindado un contenido más preciso a las normas constitucionales, a partir del estudio y de la decisión de casos concretos.

La acción de tutela implica una radical modificación de nuestro sistema jurídico. Como suele ocurrir con todo cambio de fondo, este no ha sido pacífico, sino que ha generado un profundo traumatismo al sistema. Las acciones ordinarias del derecho común y del derecho administrativo han sido relegadas por una acción extraordinaria, la tutela, que junto a otras acciones constitucionales como las populares y de cumplimiento suelen ser vistas por las personas como prontas, simples y eficaces, frente a la lentitud, complejidad e ineficacia que se suele imputar a las primeras.

La aparición de la Corte Constitucional no origina por sí misma cambios de fondo en el sistema. De hecho, el control constitucional de las normas jurídicas era un asunto consolidado en nuestra historia desde el acto legislativo 03 de 1910, fecha desde la cual lo había venido ejerciendo, por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia. Lo novedoso de la Carta de 1991 se encuentra más bien en el ejercicio compartido por todos los jueces de la jurisdicción constitucional respecto de la acción de tutela. Por la vía de la revisión de las sentencias de tutela, la Corte Constitucional ejerce una competencia que la pone por encima de cualquier otra autoridad judicial.

El sistema jurídico colombiano había sido diseñado a partir de una clara separación entre las jurisdicciones, anclada en la separación del poder moderna, ajena a nuestra tradición hispánica (Moreno, 2006). Siguiendo el modelo teórico francés, se había deslindado de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo. Estas dos jurisdicciones, que ejercían competencias separadas y no concurrentes, tenían como órganos de cierre a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado.

La Constitución de 1991 crea nuevas jurisdicciones y mantiene parcialmente la separación entre ellas, pero también las hace concurrir en una sola: la jurisdicción constitucional, en el caso de la acción de

tutela. Esta concurrencia implica una modificación de la jerarquía judicial, pues en materia de tutela el único órgano de cierre es la Corte Constitucional, merced a la competencia que ejerce para revisar cualquier sentencia de tutela dictada por otro Juez, Tribunal o Corte.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho, que suele centrarse por buena parte de la doctrina en la incorporación dentro del cuerpo de la Carta Política de principios y reglas propios de disciplinas distintas de la constitucional, tiene también dos importantes facetas: la constitucionalización de las acciones y la constitucionalización de la jurisdicción.

§ 2. *El colapso de la estructura jurisdiccional.* La tradicional jerarquía judicial experimenta un verdadero colapso, visible en tres asuntos críticos: el primero es el desplazamiento de la ley por la Constitución como fuente de derecho; el segundo es el marchitamiento de las acciones y de los procesos ordinarios, merced a la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos subjetivos; y el tercero es el rompimiento del equilibrio tanto entre jurisdicciones como entre autoridades judiciales, en razón del ejercicio conjunto de la jurisdicción constitucional, cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional.

De los tres puntos críticos, los dos últimos son los más traumáticos. En el caso de la acción de tutela existe una permanente tensión sobre la cuestión de su procedencia. En cuanto a la Corte Constitucional, el conflicto ha girado en torno a su competencia. Ambos puntos críticos convergen y se integran en un megaconflicto: la tutela contra sentencias, visible fenómeno que la prensa y buena parte de la opinión ha calificado como "choque de trenes". Este fenómeno es descrito en detalle por Botero y Jaramillo (2007).

De la tutela contra sentencias se ocupan, así sea de paso, casi todos los estudiosos de la Constitución de 1991, en sus manuales y tratados. También lo hacen, y con mucho fervor, nuestras Cortes y Consejos, en sus providencias y en otros documentos. El tema alimenta además el debate en las revistas, los periódicos y en los foros universitarios. En los recientes años algunos investigadores han decidido incursionar en esta materia, con resultados destacables, como los obtenidos por el grupo Dejusticia (2006), integrado, entre otros, por Catalina Botero Merino

(2007), Mauricio García Villegas (2004, 2006), Rodrigo Uprimny Yepes (2004, 2006, 2007), Diego Eduardo López Medina (2005, 2007); el grupo Cijus (1996), dirigido por el profesor Mauricio García Villegas; a los trabajos de estos grupos es menester sumar los estudios de Manuel Fernando Quinche Ramírez (2006 a, 2006 b, 2007) y Rubén Darío Henao Orozco (2007). Dar cuenta de tan complejo y abundante material requiere una organización adecuada y una descripción somera de lo tratado, a partir de las cuales sea posible realizar un ejercicio crítico, encaminado a identificar y señalar los logros y a poner de presente las falencias. Así, pues, en los siguientes párrafos haremos una síntesis de la doctrina, la jurisprudencia, la opinión y la investigación científica existente sobre la materia, conforme a un orden cronológico.

2. DESARROLLO DEL FENÓMENO

*La juventud es un disparate; la madurez, una lucha;
la vejez, un remordimiento.*

Benjamin Disraeli

§ 3. *Asimilación de la institución: los primeros años.* La acción de tutela, establecida en el artículo 86 de la Constitución Política como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, fue regulada en cuanto a su ejercicio por el Decreto 2591 de 1991. Este Decreto, en su artículo 40, dispuso la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando la providencia cumpliera las siguientes condiciones: a) que pusiera término a un proceso; b) que amenazara o vulnerara un derecho fundamental; c) que la afectación o daño fuera manifiesto y directo en la parte resolutive; d) que se hubieran agotado los recursos judiciales; e) que no existiera un mecanismo adecuado para proteger el derecho. En caso de invocar una afectación al debido proceso, la tutela debía interponerse conjuntamente con el recurso procedente. Se dispuso, además, que la acción de tutela no procedería contra fallos de tutela, ni en aquellos casos en que se pretendiera atacar la providencia por interpretación errónea de las normas aplicables o en que se buscara controvertir pruebas.

§ 4. *El problema de los derechos fundamentales.* Durante los años 1992 y 1993 aparecen los primeros estudios sobre la materia. Cepeda

(1992), que había sido uno de los impulsores de la nueva Constitución desde su posición de consejero presidencial, plantea la pregunta crucial de ¿cuáles son los derechos fundamentales? En este punto, todavía debatido por muchos, recoge dos posturas iniciales: la primera, que se basa en el documento *Observaciones del Consejo de Estado sobre la acción de tutela*, sostiene que solamente son fundamentales los derechos establecidos en el Capítulo I del Título II de la Carta; la segunda, que se funda en la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, considera que debe ser la Corte mediante su jurisprudencia la encargada de definir cuáles derechos subjetivos son fundamentales. El autor acoge esta última. Rechaza la primera por ser resultado de la aplicación de un criterio formal, del que resulta algo inadecuado, lo cual demuestra mediante un contundente contraejemplo: la Sentencia de tutela de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 10 de marzo de 1992, en la cual se protege un derecho establecido en la Convención Americana sobre derechos humanos, en un caso de un enfermo de sida que no tenía los recursos suficientes para poder ser atendido por un hospital público en la ciudad de Cali.

§ 5. *Exploración en el derecho comparado.* Charry (1992), en un erudito estudio sobre la acción de tutela en el derecho comparado, trae a cuento la experiencia europea en la materia, lo que permite vaticinar las futuras tensiones que se generarían en el país. La crisis del principio de separación del poder, de la ley y de las jurisdicciones autónomas, causada por la existencia de un tribunal constitucional, implicaba un replanteamiento del sistema jurídico. El Tribunal Constitucional asume el control de los actos del legislador, del gobierno y de los jueces; aplica directamente la Constitución por encima de la ley; es el máximo órgano de la jurisdicción Constitucional. En términos más precisos, todas las jurisdicciones están obligadas a aplicar la Constitución, lo que las subordina, cuando lo hacen o no lo hacen, al Tribunal Constitucional, sea por la vía de la revisión de las sentencias de tutela, o por la vía de la tutela contra las demás providencias judiciales.

§ 6. *Breve digresión de derecho comparado.* Pese a no ser el propósito central de este documento, que se inscribe en el preciso marco de una investigación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es menester advertir que en el derecho comparado existe suficiente material que ilustra el conflicto generado por la procedibilidad del amparo –o tutela-

contra providencias judiciales, pues ello parece ser una de las circunstancias características de los sistemas jurídicos en los que existe un Tribunal Constitucional. Pound (1950) había enseñado hace más de 50 años que el jurista va adecuando su disciplina, mediante el método de ensayo y error, a las circunstancias en las cuales vive, las cuales se ven modificadas en alto grado por la presencia de un Tribunal Constitucional, como en efecto lo demuestran en Alemania Jutta (2000); en Argentina Bidart (1961, 1984), Sagüés (1998) y Vanossi (1984, 1986); en Chile Carocca (1998) y Nogueira (2004); y en España Pérez (1985), Borrajo, Díez-Picazo y Fernández (1995), D'ors (1999) y Serra (1999). Existe, además, un estudio que se ocupa del caso latinoamericano elaborado por Losing (2002).

§ 7. *El complejo desarrollo de la jurisprudencia.* La Corte Constitucional inicia su jurisprudencia sobre la materia, con la impetuosa y contundente afirmación contenida en la Sentencia T-006 del 12 de mayo 1992, en la que sostiene sin titubeos la viabilidad de la tutela contra providencias judiciales, con ocasión de la revisión de una tutela contra la Sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de diciembre de 1991, mediante la cual esta Corporación se abstenía de conocer la acción de tutela presentada contra la Sentencia de casación del 13 de septiembre de 1991, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

§ 8. *¿Un cambio de trayectoria?* Medio año después, en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, en un tono menos categórico, declara inexecutable, pese a no haber sido demandado, por razones de unidad normativa, el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta decisión, que aparentemente estaba llamada a poner fin a la disputa sobre la procedibilidad de la tutela contra sentencias, se limitaría a trasladar la polémica del campo meramente normativo al jurisprudencial, en el cual experimentaría un vertiginoso, aunque poco pacífico, desarrollo.

§ 9. *Una regla con excepciones.* El nuevo rumbo de la trayectoria, paradójicamente, será tomado a partir de la jurisprudencia de uno de los principales contradictores de la tutela contra sentencias. En efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en una Sentencia de tutela del año 1992, había considerado la procedibilidad de la tutela contra

sentencias, siempre y cuando se tratase de una vía de hecho. Esta noción sería muy prontamente acogida por la Corte Constitucional, que dejó abierta esa posibilidad en la Sentencia C-543 de 1992, y la retomó en la Sentencia T-079 de 1993, a partir de la cual se desarrolló una sólida y reiterada serie de pronunciamientos, de los cuales vale la pena destacar de momento, y entre otras, las Sentencias SU-542 de 1999, SU-600 de 1999, SU-960 de 1999 y SU-252 de 2001. La vía de hecho suscitó especial interés en el derecho penal, probablemente en razón del manejo constitucional del debido proceso en sus dimensiones formal y material. De ello se ocupan con prolijidad Medina (1999) y Escobar (2000).

§ 10. *Polémica en ciernes*. Poco más tarde, Cepeda (1993) presentó la argumentación que justificó lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela. Desde ese temprano momento advirtió, con estupor, la naciente controversia en torno a la tutela contra sentencias; y encontró, con sorpresa, que esta práctica, común en Europa, Estados Unidos y América Latina, era vista como una institución contrahecha en Colombia. Por ello, además de referir algunos detalles de la experiencia del Tribunal Constitucional en Alemania y del Tribunal de Estrasburgo en Europa, presentó y refutó uno a uno los argumentos adversos a la tutela contra sentencias, como esto de transgredir la cosa juzgada, quebrantar la jerarquía judicial, crear una nueva instancia, fomentar la impunidad, hacer traumática la tramitación de los procesos. A cada riesgo opone una precaución y un límite, para concluir que la tutela contra sentencias es una institución equilibrada y necesaria para la efectividad de los derechos fundamentales.

§ 11. *Evaluaciones y críticas*. Al cumplirse 5 años de vigencia de la Constitución, la comunidad académica comenzó a intentar hacer evaluaciones de su desarrollo. En el punto preciso de la jurisprudencia, Rosas (1996) y Dueñas (1997) hicieron un valioso aporte. En ambos documentos se abordó el tema de la tutela contra sentencias a partir de la Sentencia C-543 de 1992. La improcedencia de la tutela contra las providencias judiciales no había sido sostenida en términos categóricos o absolutos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues se admitía la posibilidad de estudiar las tutelas cuando se tratase de vías de hecho, a lo cual agregó Dueñas, basándose en la propia argumentación de la Corte, la admisibilidad en caso de dilación injustificada de la decisión

judicial o en caso de un perjuicio irremediable. Esta postura fue compartida por Botero y Jaramillo (2007).

Por otra parte, Arango (1997), argumentó a favor de cerrar esa puerta de admisibilidad, abierta de manera excepcional por la jurisprudencia, para salvaguardar la seguridad jurídica. Esta posición fue defendida y desarrollada más adelante por Tamayo (2006), dentro de su discurso contra el "nuevo derecho".

En estos años prosiguen los intentos de caracterizar la tutela a partir de sus orígenes (Esguerra, 1997 y Moreno, 1999); comienzan a desarrollarse esfuerzos investigativos de carácter cuantitativo, especialmente estadístico, como los emprendidos por Cijus (1996) y el Consejo Superior de la Judicatura (1999), más tarde actualizados por Botero y Jaramillo (2007) y García y Uprimny (2006); y aparecen los primeros trabajos puntuales, como los realizados por Cifuentes (1998, 2000).

§ 12. *Hacia una reflexión más madura.* El siglo XXI comienza con un replanteamiento radical de la teoría jurídica, con claras consecuencias en la hermenéutica, visibles en la jurisprudencia y determinantes de nuevas tendencias. Gaviria (2002, 2006) y López D. (2005, 2007), son quizá dos de los principales referentes de esa tendencia. En este nuevo orden de cosas, la justicia constitucional –dentro de la que se incluye el tema de la tutela–, y la propia Corte Constitucional, pasan a ocupar el centro de la discusión jurídica en Colombia. Dentro de las muchas obras que aparecen en esta época, merecen destacarse los estudios de Morelli (2001), que analiza el papel institucional de la Corte Constitucional; Trujillo (2001), que retoma el tópico de la relación entre Estado y derecho; Sanín (2004), que reflexiona sobre los avatares y la necesidad de la justicia constitucional; Olano (2005), que presenta una renovada propuesta de interpretación y dogmática constitucional; y Charria (2005), que critica con buen sentido el propósito de entorpecer y dificultar el trámite de la tutela en desmedro del acceso a la justicia, como en efecto ocurrió con el Decreto 1382 de 2000, cuya validez sostiene luego el Consejo de Estado, mediante Sentencia proferida el 18 de julio de 2002, con ponencia del Consejero Camilo Arciniegas Andrade.

§ 13. *Los precedentes.* El tema de los precedentes judiciales, motiva la aparición de una obra crucial en esta materia: *El derecho de los jueces*

de Diego Eduardo López Medina, cuya primera edición data del año 2000, y su tercera reimpresión, de 2007. El viraje de nuestro sistema jurídico tendrá un hito histórico en la Sentencia C-836 de 2001, la cual origina análisis puntuales, como los de Vallejo (2002) y Moreno (2002), y obras más sistemáticas, como la del propio López D. (2007) y la de López G. (2005).

§ 14. *El choque de trenes.* La tensión generada por la tutela contra sentencias desata una conmoción institucional, calificada por la opinión como el choque de trenes. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han venido sosteniendo una postura abiertamente contraria a la adoptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el debate ha entrado a terciar el Consejo Superior de la Judicatura apoyando esa jurisprudencia. Este enfrentamiento ha propiciado la aparición de múltiples publicaciones y estudios dedicados preferentemente –y en algunos casos de manera exclusiva– al tema de la tutela contra providencias judiciales, como los de Fierro-Méndez (2004), Henao (2007) y Quinche (2007), y ha generado varios intentos de reforma. En el plano constitucional se presentaron, entre otros, los proyectos de acto legislativo 133 de 2006 y 13 de 2006.

El primero fue presentado ante la Cámara de Representantes por el Ministro del Interior y de Justicia; el segundo fue presentado ante el Senado por el Consejo de Estado y apoyado por la Corte Suprema de Justicia y por la Fiscalía General de la Nación. En el plano legal, el Consejo Superior de la Judicatura presentó ese mismo año un proyecto de ley estatutaria y el centro Dejusticia (2006) también hizo una propuesta de reforma. Los anteriores antecedentes permiten vaticinar que esta es una discusión que aún no muestra visos de terminar.

§ 15. *El fenómeno se mediatiza.* Al problemático asunto de la tutela contra sentencias le había llegado su oportunidad mediática en el año 2002, cuando los medios masivos prestaron atención a los intervinientes en el debate, en razón de la polarización del mismo. La subida de tono de defensores y de detractores, mediada en algunos casos por acusaciones recíprocas ante la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes, sacó el debate de lo meramente académico para llevarlo al plano político y lo dejó en manos de la opinión pública.

§ 16. *La problematización.* La traumática adaptación de nuestras instituciones a la renovada justicia constitucional, con su amplio poder de control de los actos de las autoridades y las variantes establecidas en la jurisprudencia para su ejercicio, visible en críticas al gobierno de los jueces, convierte la acción de tutela, especialmente en el caso de la tutela contra sentencias, en un problema mayúsculo que es necesario resolver.

La nueva coyuntura propicia la aparición de estudios generales, en los cuales el tema suscita un capítulo especial, como los de la Comisión Colombiana de Juristas (2003), Esguerra (2004), López G. (2005); y de estudios puntuales como los de Orjuela (2004), García y Uprimny (2004, 2006), Vidal (2005), Echeverri (2006) y Tamayo (2006), en los cuales más que comprender la institución, se busca armonizarla con el resto del sistema jurídico. Esta propuesta de armonización también apunta a la necesidad de reformar la Constitución.

De manera paralela a esta tendencia, aparece una tendencia revisionista, que pretende reflexionar sobre el impacto de la Carta al cumplirse 15 años de su vigencia. Se trata de una serie de artículos, incluidos en compilaciones, en los cuales se trata de examinar la ya no tan nueva Constitución y sus consecuencias. Dentro de tales documentos sobresale la preocupación por aproximarse al conflicto desde la perspectiva del ciudadano en Borrero (2006); el análisis de las consecuencias de los precedentes en Hernández (2006); la determinación de las consecuencias de la constitucionalización del derecho privado en Venegas (2006); la crítica a la elusión constitucional y la reflexión sobre la seguridad jurídica en Quinche (2006 a y 2006 b); y el papel de las sentencias dentro de un Estado Social de Derecho en Herreño (2007) y Moreno (2007).

§ 17. *¿Problema o síntoma?* Si bien la tutela contra sentencias, e incluso la tutela misma, aparece en el centro del conflicto conocido como "choque de trenes", por lo que ella parecería ser el problema a resolver, también es posible hacer otra lectura de la cuestión. García y Uprimny (2006), que se dedican a proponer una reforma a la tutela, en medio del dilema de ajuste o desmonte, también presentan la tutela como un síntoma de las disfuncionalidades del sistema judicial. Esta lectura parece adecuarse mejor a los hechos, pues los problemas no son causados por la tutela, aunque ella cause a la postre traumatismos al aparato judicial, sino que

los problemas de la justicia son los que causan la tutela. Antes que problema a resolver, la tutela es un síntoma del mal funcionamiento de la administración de justicia.

3. HACIA UNA NUEVA VISIÓN DEL FENÓMENO

No hay nada nuevo bajo el sol, pero cuantas cosas viejas hay que no conocemos.

Ambrose Bierce

§ 18. *El complejo e insuficiente debate teórico.* Casi todos los textos repasados en este documento se ocupan principalmente de hacer un estudio teórico de la tutela contra sentencias. Se mencionan valores: seguridad y justicia; se defienden principios: cosa juzgada y justicia material; se consideran derechos: debido proceso y acceso a la justicia; se escudriña en la historia, para saber el origen del conflicto; se recrean el debate y las hipótesis de sus intervinientes; se explora en el derecho comparado. Empero, se deja de lado la dimensión práctica del asunto, que no puede ser apreciada prescindiendo del estudio de casos.

§ 19. *Más allá de las estadísticas.* Es de agradecer el esfuerzo, que por humilde no es menos arduo, de presentar unas estadísticas jurisprudenciales actualizadas. Este esfuerzo se nota en los trabajos Cijus (1996), del Consejo Superior de la Judicatura (1999), de García y Uprimny (2006) y de Botero y Jaramillo (2007). Ellas revelan que la tutela contra sentencias viene creciendo dentro del porcentaje total de tutelas, y llega a significar una de las cuatro principales causas por las cuales se ejercita la acción de tutela. Si bien esto permite dimensionar el problema de las disfuncionalidades de la administración de justicia, o el problema de la tutela contra sentencias, según se quiera ver, hasta tanto no se disponga de cifras más depuradas, que informen detalladamente sobre despachos, derechos vulnerados, entornos fácticos, etc., a partir de los cuales sea posible construir líneas jurisprudenciales y análisis completos de casos, la dimensión práctica de la cuestión estará en su mayor parte oculta a nuestros ojos e ignorada en nuestros análisis, que, por no disponer de otros datos, seguirán extraviados en la dimensión teórica. El sacarlos de ese reducido hábitat debe ser la sujeta materia de nuestras próximas tareas.

4. REFERENCIAS

- Arango Mejía, Jorge (1997). La acción de tutela y la seguridad jurídica. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 309, págs. 135-163.
- Bidart Campos, Germán (1961). *Derecho de amparo*. Buenos Aires: Ediar. (1984) *La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ediar.
- Bojarro Iniesta, Ignacio, Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Fernández Farreres, Germán (1995). *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- Borrero Restrepo, Gloria María (2006). La evolución de la reforma constitucional de la justicia: una visión ciudadana, en *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*, págs. 87-99. Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Botero Marino, Catalina y Jaramillo, Juan Fernando (2007). El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias, en *Estado de derecho y sentencias judiciales*, págs. 9-55. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Carocca Pérez, Alex (1998). La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*, año 4, No. 1, págs. 189-220.
- Cepeda Espinosa, Manuel José (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá D.C.: Temis.
- (1993) *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá D.C.: Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.
- Charria Segura, Juan Manuel (2005). *Reflexiones constitucionales*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Charry Ureña, Juan Manuel (1992). *La acción de tutela*. Bogotá D.C.: Temis.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo (1998). Tutela contra sentencias (el caso colombiano). *Ius et Praxis*, año 4, No. 1, págs. 147-188.
- (2000) Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, vol. 6, No. 2, págs. 63-81.
- Cijus (1996). Director del proyecto: Mauricio García Villegas. Investigadores: María Isabel Borrero, Cristina Motta, Helena Olea y César Rodríguez. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Comisión Colombiana de Juristas (2003). *El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho*. Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas.
- Consejo Superior de la Judicatura (1999). *Estadísticas sobre la acción de tutela*. Bogotá D.C.: Imprenta nacional de Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993, SU-542 de 1999, SU-600 de 1999, SU-960 de 1999, SU-252 de 2001 y C-836 de 2001.

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de tutela de 9 de diciembre de 1991. Sala Penal. Sentencia de casación del 13 de septiembre de 1991.
- Dejusticia (2006). Tutela contra sentencias: documentos para el debate. *Documentos de discusión*, No. 3. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Dueñas Ruiz, Oscar José (1997). *Control Constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia*. 2ª Edición. Bogotá D.C.: Ediciones librería del profesional.
- D'Ors, Álvaro (1999). *Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid: Civitas.
- Echeverri Uruburu, Álvaro (2006). La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 332, págs. 29-45.
- Escobar Araújo, Marina (2000). *Vía de hecho en el derecho penal*. Monografía de grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos (1997). Algunas consideraciones en torno a la acción de tutela. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 310, págs. 12-61.
- (2004) *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá D.C.: Legis.
- Fierro-Méndez, Heliodoro (2004). *Tutela y vías de hecho*. Bogotá D.C.: Leyer.
- García Villegas, Mauricio y Uprimny Yepes, Rodrigo (2004). ¿Qué hacer con la tutela contra sentencias? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 326, págs. 97-111.
- (2006) La reforma a la tutela ¿ajuste o desmonte?, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, págs. 448 y ss. Bogotá D.C.: Norma.
- Gaviria Díaz, Carlos (2002). *Sentencias. Herejías constitucionales*. Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- (2006) Paz y derechos humanos, en *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*, págs. 233-240. Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Henaos Orozco, Rubén Darío (2007). *Choque de vanidades. Estudio de la acción de tutela en las altas Cortes Colombianas*. Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibáñez.
- Hernández Galindo, José Gregorio (2006). El sistema de control de constitucionalidad, en *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*, págs. 101-117. Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Herreño Hernández, Ángel Libardo (2007). Las reformas a la justicia constitucional y los derechos sociales, en *Estado de derecho y sentencias judiciales*, 77-124. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Jutta, Limbach (2000). Función y significado constitucional en Alemania. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, No. 3, págs. 68-89.
- López Daza, Germán Alfonso (2005). *La justicia constitucional colombiana. ¿Un gobierno de los jueces?* Nevia: Universidad Surcolombiana.

- López Medina, Diego Eduardo (2005). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 3ª reimpresión. Bogotá D.C.: Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional.
- (2007) *Derecho de los jueces*. 3ª reimpresión. Bogotá D.C.: Legis y Universidad de los Andes.
- Losing, Norbert (2002). *La jurisdiccionalidad constitucional latinoamericana*. Madrid: Konrad Adenauer Stiftung, Dykinson.
- Medina Orozco, León Darío (1999). *La acción de tutela frente a las decisiones penales por vías de hecho*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Morelli Rico, Sandra (2001). *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Moreno Ortiz, Luis Javier (1999). Breves notas sobre tutela y cumplimiento. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 315, págs. 174-191.
- (2002) ¿Hacia un sistema jurídico de precedentes? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 320, págs. 97-163.
- (2006) La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana, en *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, págs. 1-24. Bogotá D.C.: Legis y Pontificia Universidad Javeriana.
- (2007) ¿Hacia un Estado Social?, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda*, No. 9, págs. 13-55.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2004). Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. *Ius et Praxis*, vol. 10, No. 1, págs. 113-158.
- Olano García, Hernán Alejandro (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley.
- Orjuela Góngora, Carlos Arturo (2004). ¿Tutela contra providencias judiciales? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 326, págs. 87-96.
- Pérez Tremps, Pablo (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pound, Roscoe (1950). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2006 a). Seguridad jurídica y volatilidad constitucional en un Estado complejo, en *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, págs. 209-222. Bogotá D.C.: Legis y Pontificia Universidad Javeriana.
- (2006 b) *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional*. Bogotá D.C.: Doctrina y ley.
- (2007) *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 2ª edición. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley.

- República de Colombia. *Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000*.
- Rosas Cruz, Adriana – Compiladora (1996). *La acción de tutela en la jurisprudencia de la Corte*. Bogotá D.C.: Defensoría del pueblo.
- Sáchica Aponte, Luis Carlos (2006). La Constitución de 1991, una revolución jurídica en *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*, págs. 1-10. Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Sagüés, Néstor Pedro (1998). La Corte Suprema y el control jurisdiccional de constitucionalidad en Argentina. *Ius et Praxis*, año 4, No. 1, págs. 85-102.
- Sanín Restrepo, Ricardo (2004). *Libertad y justicia constitucional*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Serra Cristóbal, Rosario (1999). *La Guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.
- Tamayo Jaramillo, Javier (2006). El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 36, No. 105, págs. 361-397.
- Trujillo Muñoz, Augusto (2001). *El Estado y el Derecho*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Uprimny Yepes, Rodrigo (2007). ¿En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias?, en *Estado de derecho y sentencias judiciales*, págs. 57-76. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Vallejo García, Felipe (2002). La seriedad de los jueces. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 320, págs. vii-xxxix.
- Vanossi, Jorge Reinaldo (1984) *Recurso extraordinario federal*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- (1986) *La Constitución Nacional y los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- Venegas Franco, Alejandro (2006). Constitucionalización del derecho, en *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*, págs. 119-131. Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Vidal Perdomo, Jaime (2005). Las bases constitucionales de la acción de tutela. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 328, págs. 69-80.

