

T-103-14

Sentencia T-103/14

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-Reiteración Auto 004/04 y Auto 100/08 para que tutelas contra Salas de la Corte Suprema de Justicia sean revisadas por la Corte Constitucional

Quedó así establecido que las acciones de tutela presentadas contra providencias judiciales de las altas Corporaciones, que no fueran objeto de trámite, inadmisión o rechazo, faculta a los accionantes a presentar un nuevo amparo i) ante cualquier juez, incluyendo una Corporación de igual jerarquía la Corte Suprema o al Consejo de Estado, como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional o Superior de la Judicatura, o ii) requerir su radicación ante la Corte Constitucional, para así poder cumplir con los fines esenciales del Estado como lo es el garantizar la efectividad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (art. 2º de la Carta)”.

DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN MATERIA DE TUTELA-Posibilidad de acudir ante cualquier Juez o Cuerpo colegiado para interponer la acción de tutela o directamente ante la Corte Constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Relevancia constitucional del requisito general de subsidiariedad para su procedencia excepcional

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres características importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido se desarrollará cada uno de ellos.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia cuando el proceso se encuentra

en trámite

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial como requisito general de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por existir recursos en proceso penal que aún está en curso y no acreditar perjuicio irremediable

Puede afirmarse que en lo concerniente a la procedencia o no de la acción de tutela cuando el asunto está en trámite e incluso se cuenta con la posibilidad de acudir a la acción de revisión, así: i. La acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento, así como la oportunidad de agotar los recursos extraordinarios, como ocurre con la acción de revisión. ii. En la eventualidad de haber agotado los medios de defensa ordinarios y extraordinarios de defensa, es procedente entonces la acción de tutela, si en tales decisiones incurren en alguna de las causales de procedibilidad y se compruebe que se están afectando derechos fundamentales.

Referencia: expediente T-3.286.505

Acción de tutela instaurada por el exrepresentante a la Cámara José Aristides Andrade en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

El señor José Aristides Andrade Exrepresentante a la Cámara, mediante apoderado judicial, interpuso la presente acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al estimar que vulneró su derecho fundamental al debido proceso (art. 29 superior), toda vez que dentro de la causa seguida en su contra por el presunto delito de homicidio agravado (radicado 35.592[1]), no decretó la prescripción de la acción penal, tampoco desarrolló un adecuado ejercicio probatorio, desconociendo el principio de la investigación integral e imparcial y adicionalmente se adoptaron decisiones sin tener competencia para ello. La solicitud de amparo tiene como base el siguiente acontecer fáctico.

1. Hechos.

1.1. Descripción fáctica a partir de lo expuesto por la parte actora y lo consignado en el expediente de instancia.

- El 5 de abril de 1991, en circunstancias que son objeto de investigación, el señor David Núñez Cala fue asesinado en el municipio de Barrancabermeja[2].
- El 21 de mayo de 1993, ante la ausencia de suficientes elementos de juicio que permitieran la individualización de posibles infractores de la conducta punible para proceder a la apertura de instrucción, la autoridad competente resolvió suspender la investigación previa.
- El 17 de abril de 2008, el señor Mario Jaimes Mejía, alias “El Panadero”, desmovilizado del Bloque Central Bolívar de las FARC, rindió versión dentro del programa de justicia y paz, donde expuso que durante su vinculación al frente 24 de las FARC se dio de baja al doctor DAVID NÚÑEZ CALA candidato a la Alcaldía de Barrancabermeja, siendo determinador del mismo el señor José Aristides Andrade[3]. Por tanto, la Fiscalía dispuso el desarchivo del proceso y continuó con la investigación.
- El 31 de julio de 2009, la Fiscalía 22 de la Unidad de Estructura de Apoyo avocó el conocimiento del asunto, ordenando una serie de pruebas, así como su vinculación mediante diligencia de indagatoria[4], la que se adelantó el 21 de octubre de 2009.
- El 14 de septiembre de 2010, una vez cumplidas las diligencias de indagatoria de todos

los implicados, con base en lo dispuesto en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000[5], la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional contra el Terrorismo, resolvió la situación jurídica de Mario Jaimes Mejía, Fremio Sánchez Carreño y David Ravelo Crespo, con medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado y homicidio agravado. Y entre otros aspectos resolvió: abstenerse de definir la situación jurídica de José Aristides Andrade, toda vez que había sido elegido Representante a la Cámara en los comicios del 11 de marzo de 1990, siendo reelecto el 27 de octubre de 1991. En consecuencia compulsó copias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que asumiera su juzgamiento, atendiendo al fuero congresional.

- El 21 de septiembre de 2010, la defensa del señor Aristides Andrade presentó recurso de reposición en contra de la anterior decisión, señalando que por falta de competencia del ente investigador, correspondía anular todo lo actuado a partir del momento en que se acreditó dentro del proceso la calidad de Representante a la Cámara de su defendido (02 diciembre 2008), correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia iniciar nuevamente con el trámite respectivo[6].

- El 8 de noviembre de 2010, la Fiscalía desestimó el recurso interpuesto por dos razones fundamentales: (i) para la fecha en que se contaba con la constancia de la calidad de aforado del señor Andrade, no existía al interior de la Corte Suprema de Justicia una posición sólida respecto a los delitos comunes cometidos por los congresistas; y (ii) la actual posición de la Sala de Casación Penal no solo valora el aspecto objetivo de la calidad del investigado, sino además la relación de las presuntas conductas punibles con las funciones desempeñadas por el investigado.

- El 11 de noviembre de 2010, la defensa interpuso recurso de apelación, del que conoció en segunda instancia la Vicefiscalía General de la Nación, autoridad que mediante providencia del 03 de diciembre de 2010, se abstuvo de decretar la nulidad planteada[7].

- El 29 de diciembre de 2010 y el 17 de enero de 2011, los señores Fremio Sánchez Carreño y Mario Jaimes Mejía, respectivamente, aceptaron los cargos imputados como sindicados en el homicidio del señor Núñez Cala y se acogieron a la figura de la sentencia anticipada.

- El 28 de enero de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, avocó el conocimiento del asunto, dado el fuero congresional que ostentaba el señor José Aristides Andrade y decretó la nulidad “exclusivamente de la indagatoria rendida (...) el 21 de octubre de 2010”, otorgando validez a las demás pruebas acopiadas y adelantadas con anterioridad a 1° de septiembre de 2009[8].
- El 14 de febrero de 2011, la Sala de Casación Penal declaró persona ausente al señor José Aristides Andrade, ante la imposibilidad de dar cumplimiento a la orden de captura (art. 344 de la Ley 600 de 2000[9]).
- El 16 de febrero de 2011, la defensa solicitó que se practicaran las pruebas que habían sido decretadas por la Fiscalía mediante decisiones del 31 de julio de 2009, 24 de agosto y 15 de octubre de 2010, las cuales se encontraban pendientes y adicionalmente pidió que se llevaran a cabo otras que consideraba necesarias y conducentes para la investigación, sin embargo, se abstuvo de presentar recurso en contra de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de asumir la competencia del asunto por considerar que el mismo resultaba inviable[10].

En esta misma fecha, sustentó el recurso de reposición contra la providencia del 28 de enero de 2011 (avocó conocimiento), a fin de que declarara la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de apertura de investigación, junto con la totalidad de los actos procesales y probatorios cumplidos a partir de dicha decisión, en atención a que existía una clara vulneración al debido proceso en la medida que dichas diligencias se adelantaron con desconocimiento del derecho a ser juzgado por el juez competente.

- El 22 de febrero de 2011, la entidad accionada resolvió no reponer la decisión del 28 de enero de 2011 e impuso al actor medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto coautor del delito de homicidio agravado, al tiempo que negó la práctica de las pruebas requeridas, declarando cerrada la investigación[11].
- El 3 de marzo de 2011, la defensa formuló recurso de reposición en contra de la anterior decisión, siendo sustentado el 7 de marzo de 2011, bajo la consideración que el análisis del caudal probatorio se centró exclusivamente en las pruebas desfavorables, sin entrar a reparar en las múltiples contradicciones en que incurrieron los sujetos que lo incriminaron. Por otra parte, explicó que la negativa de decretar y practicar las pruebas solicitadas,

terminó por afectar los principios de “investigación integral e imparcial”. Por último, adujo que no existía suficiencia probatoria para declarar el cierre de la investigación.

- El 8 de marzo de 2011, la autoridad judicial accionada decidió no reponer el auto del 22 de febrero de 2011 (cierre de instrucción), ya que en su criterio el material probatorio recaudado era suficiente para proferir la medida de aseguramiento y decretar la clausura de la investigación, sin que hubiere lugar a acceder a las solicitudes probatorias elevadas por la defensa al no ser conducentes ni necesarias[12].

- El 18 de marzo de 2011, su abogado informó a la Sala de Casación que se abstenía de presentar alegatos precalificatorios, por existir prejuzgamiento por parte de la Corporación accionada al negarse a practicar las pruebas decretadas con anterioridad por la Fiscalía, así como aquellas solicitadas en esta oportunidad, lo que hubiera podido desvirtuar la posición asumida por la Corte.

- El 22 de marzo de 2011, se dictó en su contra resolución de acusación como presunto determinador del punible de homicidio agravado y se ordenó su captura. Esta decisión fue notificada el 31 de marzo de 2011[13].

- La Sala de Casación Penal resolvió dejar sin valor y efecto la notificación adelantada el 28 de marzo de 2011 y tuvo por notificado personalmente al defensor el 31 de marzo de 2011.

- El 7 de abril de 2011 el abogado defensor sustentó el recurso de reposición interpuesto en contra del auto acusatorio, a través del cual pretendió desvirtuar los fundamentos relacionados con: (i) los supuestos vínculos del procesado con las FARC; (ii) el presunto móvil político del homicidio; y (iii) la presunta inconsistencia de las pruebas de cargo y la veracidad de las de descargo. Igualmente solicitó la prescripción de la acción penal en la medida que desde el momento en que ocurrieron los hechos (5 de abril de 1991) y hasta la fecha en que se interpuso el recurso (7 de abril de 2011) habían transcurrido más de los 20 años, que la ley define como término extintivo de la acción penal, sin que se la acusación hubiera quedado ejecutoriada[14].

- El 4 de mayo de 2011 la Sala de Casación Penal resolvió el anterior recurso absteniéndose de reponer la acusación y, en consecuencia, negó la solicitud de prescripción

de la acción penal, por cuanto en su criterio, el término de prescriptivo se había suspendido desde el momento en que algunos de los sujetos procesales se acogieron a la sentencia anticipada por aceptación de cargos (Fremio Sánchez Carreño y Mario Jaimes Mejía)[15] y hasta el 28 de enero de 2011 cuando se materializó la ruptura de la unidad procesal (Corte Suprema de Justicia avoca conocimiento del asunto).

- El 25 de mayo de 2011, el abogado defensor presentó solicitud de nulidad, al estimar que existía una irregularidad sustancial por no haberse declarado la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que la suspensión de términos solo podía surtir efectos respecto de los dos procesados que decidieron acogerse a la sentencia anticipada. Afirmó: (i) a raíz de la nulidad de la diligencia de indagatoria (21 octubre de 2009) su defendido no estuvo vinculado al proceso hasta que la Sala de Casación Penal lo declaró persona ausente (14 de febrero de 2011), por lo que cuando se surtieron las diligencias de aceptación de cargos de los señores Jaimes Mejía (15 de marzo de 2010) y Sánchez Carreño (6 de noviembre de 2009) no hacía parte del proceso (21 octubre de 2009 al 14 de febrero de 2011); y (ii) la figura de la sentencia anticipada implica necesariamente la ruptura de la unidad procesal (art. 40 Ley 600 de 2000[16]).

- El 25 de julio de 2011, tuvo lugar la audiencia preparatoria en la que la Sala de Casación Penal negó la petición de nulidad y se abstuvo de decretar la prescripción de la acción penal[17]. En contra de esta decisión el agente del Ministerio Público y la defensa formularon recurso de reposición.

- El 27 de julio de 2011, la Corte Suprema de Justicia resolvió no reponer lo decidido en la sesión del 25 de julio (audiencia preparatoria), en lo relativo a la prescripción de la acción penal, reiterando que la suspensión de términos cobija a todos los procesados hasta la ruptura de la unidad procesal, la cual se materializó hasta que la Sala de Casación Penal avocó el conocimiento del asunto. Por otra parte, explicó que a pesar de haberse declarado la nulidad de la indagatoria de José Aristides Andrade, se encontraba ligado a la instrucción al momento en que los otros procesados se acogieron a la sentencia anticipada. Por último, accedió a algunas solicitudes probatorias elevadas por la Procuradora Delegada, la parte civil y el abogado defensor.

- Actualmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha visto

obligada a modificar la fecha de audiencia pública, debido a la necesidad de practicar las pruebas ordenadas en la audiencia preparatoria[18].

1.2. Fundamentos jurídicos de la acción de tutela.

Las irregularidades que expone la parte actora se basan en los siguientes aspectos: (i) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no decretó la prescripción de la acción penal; (ii) asumió la competencia de la investigación con aplicación retroactiva de la nueva interpretación jurisprudencial por ella sentada; y (iii) soslayó el decreto y práctica de pruebas solicitadas por el sindicado. Expone concretamente los siguientes defectos:

1.2.1. Sustancial. Hizo alusión a cuatro situaciones particulares.

1.2.1.1. Se hicieron extensivos los efectos de la aceptación de cargos de dos procesados a otro sujeto procesal, sin que le fuera aplicable la causal de suspensión del término de prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 40[19] del Código de Procedimiento Penal, ya que fueron otros los sindicados que se acogieron a la figura de la sentencia anticipada.

1.2.1.2. Se le extendieron los efectos jurídicos de la investigación a pesar de no estar debidamente vinculado a la misma, teniendo en cuenta que no era sujeto procesal al momento en que algunos de los procesados aceptaron cargos y se acogieron a sentencia anticipada.

1.2.1.3. Se dieron efectos retroactivos a la ley procesal desfavorable, en la medida que el término de prescripción de la acción penal empezó a correr el 5 de abril de 1991 (muerte del señor David Núñez Cala), por lo que el procedimiento aplicable era el contemplado en el Decreto Ley 50 de 1987, normatividad que no contemplaba la aceptación de cargos y la solicitud de sentencia anticipada como causal para suspender los términos de prescripción de la acción penal.

1.2.1.4. No se motivó la decisión de suspensión de términos por parte de la Fiscalía, desconociendo el principio de publicidad, al igual que la obligación de motivar las decisiones judiciales.

1.2.2. Orgánico. Se refiere a dos aspectos principales.

1.2.2.1. La Corte Suprema de Justicia asumió competencia sobre la presente investigación penal, dando aplicación retroactiva al cambio de jurisprudencia que hizo esa Corporación respecto a la interpretación del artículo 235 de la Carta Política[20], a partir de los autos del 1° y 15 de septiembre de 2009, encontrando que existía un nexo entre el delito atribuido y la imputación efectuada, pese a que el congresista había dejado de pertenecer al órgano legislativo y el delito atribuido era de los llamados propios o de responsabilidad.

1.2.2.2. Falta de competencia sobreviniente de la Corte Suprema de Justicia, por continuar con la investigación del caso, a pesar de haberse decretado la prescripción del delito de concierto para delinquir, por el cual asumió la competencia en el presente asunto.

1.2.3. Defecto fáctico. En relación con este punto destacó que se omitió el decreto de pruebas necesarias para calificar el sumario y además se dejaron de practicar las pruebas oportunamente decretadas por la Fiscalía, antes de que la Corporación accionada asumiera la competencia.

2. La pretensión de amparo. Con base en los hechos y fundamentos jurídicos esgrimidos, solicitó:

Principal:

i. Se ordene dejar sin efectos todas las actuaciones y providencias proferidas con anterioridad al 5 de abril de 2011, para que en su lugar se decrete la prescripción de la acción penal.

Subsidiarias:

ii. Se ordene dejar sin efecto todo lo actuado desde el 28 de enero de 2011, para que en su lugar se remitan las actuaciones a la Fiscalía por ser el órgano judicial competente para conocer de la investigación.

iii. Se decrete la nulidad de todas las actuaciones adelantadas por la Fiscalía ante la asunción de competencia por parte de la Corte Suprema de Justicia.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

1. Trámite procesal. Informó el actor que presentó solicitud de amparo ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que se abstuvo de dar trámite a la presente acción de tutela al considerar que no procedía al impetrarse en contra de una decisión proferida por un órgano de cierre de la jurisdicción penal.

Ante tal situación, comenta que de conformidad con el Auto 100 de 2008[21] de la Corte Constitucional, presentó la acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, la cual mediante auto del 05 de agosto de 2011 avocó el conocimiento del asunto y corrió traslado a la autoridad judicial accionada, a la Procuradora Cuarta Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal y la apoderada de la parte civil.

2. Respuesta de la Procuradora Cuarta Delegada para la Investigación y el Juzgamiento Penal. Explicó que en desarrollo de la actuación que cursa en contra de José Aristides Andrade, conceptuó que en este caso se debía aplicar el fenómeno de la extinción de la acción penal por prescripción, ya que de conformidad con el artículo 84 del Código Penal el término de la prescripción en los actos de ejecución instantánea empieza a contar desde el momento de su consumación, para este caso, desde el 5 de abril de 1991, por lo que prescribía el 5 de abril de 2011.

Agregó que este asunto está viciado de nulidad, conforme con lo estipulado en el artículo 306 numeral 2 de la Ley 600 de 2000, que refiere a la “comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”. Expuso que la figura de la sentencia anticipada, solo se aplica al procesado que decide libre y voluntariamente acogerse a la terminación previa del juicio. En cuanto al señor José Aristides Andrade advierte que fue declarado persona ausente el 14 de febrero de 2011 y a la fecha no ha comparecido, con lo que se demuestra que no tiene ánimo de aceptar cargos por el delito de homicidio agravado.

Explicó que al no haber hecho uso de la sentencia anticipada, no es procedente aplicar los efectos procesales de suspensión del término prescriptivo, como sí aplica para aquellos que se acogieron a esta figura jurídica. Por tanto refirió que de conformidad con el artículo 16[22] de la Ley 600 de 2000, en este caso debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, considerando que existe una violación al debido proceso.

3. Respuesta de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En su intervención ante el juez de instancia en tutela, indicó que el amparo solicitado resulta improcedente, ya que esta acción no es una instancia adicional y las providencias judiciales cuentan con presunción de legalidad y constitucionalidad, sin que en este caso se presente un error procedimental o se configure alguna causal objetiva de procedencia.

4. Fallo de primera instancia. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, negó la protección invocada tras considerar que no se configuró ninguno de los yerros expuestos por la parte accionante.

Mencionó que las actuaciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a las normas sustantivas y procesales, además no observó desconocimiento o valoración irracional de las pruebas, por lo que las decisiones no carecen de fundamento jurídico, ni obedecen a un capricho o arbitrariedad del órgano que conoció del trámite judicial, en la medida que atienden a un valorado y ponderado estudio de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, cumpliendo así con los principios de celeridad, eficiencia, lealtad e independencia.

En cuanto a la competencia de la autoridad accionada adujo que al interior del proceso penal se logró establecer que el homicidio tuvo relación con las funciones que desempeñaba el actor, al constatarse que existió un interés político en alcanzar la alcaldía del municipio de Barrancabermeja, por lo que incluso al haberse declarado la prescripción de la acción penal por el delito de concierto para delinquir, no se perdía la competencia para conocer el asunto penal en cuestión.

Precisó que cuando la Corte Suprema de Justicia decidió cerrar la investigación, en el expediente obraba abundante material probatorio, además se contaban con otras etapas procesales, como la audiencia preparatoria, para pronunciarse sobre la necesidad de practicar las pruebas ordenadas en su momento por la Fiscalía.

Refirió que la calificación de la instrucción se dio a pocos días de haberse proferido el cierre de la misma, debido a que el abogado defensor renunció a presentar alegatos precalificatorios, por lo que no resultaba necesario dejar que venciera el término de traslado.

En tal medida concluyó que todas las decisiones adoptadas por la entidad accionada obedecieron a una valoración razonada y ponderada de los hechos acusados, las pruebas allegadas al expediente y la normatividad aplicable.

5. Impugnación. El apoderado judicial de la accionante solicitó la revocatoria del fallo indicando que aunque las actuaciones realizadas dentro del proceso penal tramitado ante la Sala de Casación Penal se encuentran debidamente argumentadas, al señalar dicho tribunal que la aceptación de cargos de un sujeto procesal afecta a los demás procesados en virtud de la unidad procesal y de la indivisibilidad de la acción penal, se está partiendo de bases jurídicas erradas, toda vez que el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal expresa que al finalizar la audiencia de aceptación de cargos opera la ruptura de la unidad judicial y los efectos solamente se aplican para quienes se hubieren acogido a dicha figura jurídica.

En relación con la falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia para adelantar esta investigación judicial, adujo que desconoció la legalidad e irretroactividad de la ley, al aplicar una nueva regla hermenéutica respecto del artículo 235 superior, a hechos acaecidos con anterioridad a ella.

Reiteró que antes de cerrar la investigación era necesaria la práctica de pruebas tendientes a desvirtuar aquellas que sirvieron de fundamento para la acusación, con lo que además se satisfacían los principios de imparcialidad e investigación integral. Agregó que no es jurídicamente válido que después de haberse decretado las pruebas por el ente fiscal, la Corte Suprema de Justicia las haya vedado para poder interrumpir la prescripción de la acción penal.

6. Fallo de segunda instancia. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura revocó la decisión del a quo y, en su lugar, declaró improcedente el amparo, al estimar que en este caso no se habían agotado todos los medios ordinarios de defensa judicial existentes ante la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que el asunto se encuentra en trámite. Aunado a lo anterior, en ningún momento se ha acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. En concreto señaló:

“En desarrollo de los presupuestos fácticos recogidos en el presente caso, y teniendo como referente lo señalado por la Corte Constitucional en torno a las causales genéricas de procedibilidad, la Sala debe señalar que es indiscutible que en el caso analizado no se han

agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, en tanto el actor ha atacado diferentes decisiones que hacen parte de un proceso que está en curso ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. // Bajo el anterior presupuesto, y conforme a los elementos probatorios recaudados en el infolio, la Sala desde ya anuncia que declarará la improcedencia de la presente acción, por cuanto la tutela no procede como mecanismo transitorio, cuando se tramita un proceso ante el juez competente; de allí que permitir el ejercicio de la acción de amparo constitucional cuando exista un proceso en curso, equivale a desvirtuar los principios de jurisdicción, competencia y juez natural.”

III. PRUEBAS APORTADAS EN EL TRÁMITE DE INSTANCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Dentro del asunto sometido a examen se adjuntaron al expediente fotocopias simples de las siguientes piezas procesales del expediente número 35.592, así:

1. Providencia del 28 de enero de 2011, a través de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia avocó el conocimiento en la causa penal seguida en contra del señor José Aristides Andrade (folios 56 a 69 cuaderno anexo).
2. Recurso reposición interpuesto contra la decisión del 28 de enero de 2011 (folios 70 a 75 cuaderno anexo).
3. Providencia del 22 de febrero de 2011, a través de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión del 28 de enero de 2011 (folios 81 a 111 cuaderno anexo).
4. Recurso reposición interpuesto contra la decisión del 22 de febrero de 2011 (folios 112 a 130 cuaderno anexo).
5. Providencia del 8 de marzo de 2011, por medio de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión del 22 de febrero de 2011 (folios 131 a 165 cuaderno anexo).
6. Escrito de argumentación sobre las razones por las cuales la defensa se abstiene de presentar alegatos precalificatorios (folios 166 a 171 cuaderno anexo).
7. Providencia del 22 de marzo de 2011, en la que se califica el mérito del sumario

dictando acusación en contra del señora José Aristides Andrade (folios 172 a 268 cuaderno anexo).

8. Recurso de reposición interpuesto contra la decisión del 22 de marzo de 2011 (folios 269 a 315 cuaderno anexo).

9. Providencia del 4 de mayo de 2011, a través de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión del 22 de marzo de 2011 (folios 316 a 336 cuaderno anexo).

10. Escrito presentado por la defensa dentro del término de traslado señalado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, a través del cual expone una serie de nulidades y solicita la práctica de algunas pruebas (folios 337 a 378 cuaderno anexo).

11. Acta número 256 del 25 de julio de 2011, donde se consigna la diligencia de audiencia preparatoria (folios 385 a 405 cuaderno anexo).

12. Providencia del 27 de julio de 2011, en la que se resuelve el recurso de reposición, sustentado en la audiencia preparatoria por el Ministerio Público y el defensor principal del exrepresentante a la Cámara José Aristides Andrade (folios 406 a 425 cuaderno anexo).

IV. ACTUACIÓN ADELANTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN.

1. En desarrollo del trámite de revisión, la Sala Quinta consideró indispensable disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello, se solicitó copia del expediente de única instancia, identificado con el radicado 35.592, dentro de la causa seguida contra el Exrepresentante a la Cámara, José Aristides Andrade.

2.1. La señora Claudia Patricia Andrade González, en su condición de hija del actor, afirmó que su progenitor es una persona pulcra en su vida pública y privada, que ha sido calumniado por uno de los peores criminales de Colombia, como lo es Mario Jaimes Mejía alias “el Panadero”, quien además fue autor de la masacre del 16 de mayo de 1998 en Barrancabermeja y coautor del secuestro y violación de la reconocida periodista Jineth Bedoya. Agregó que la Corte Suprema de Justicia no hizo un adecuado cotejo probatorio, ni una investigación integral del asunto.

2.2. El actor expuso[23] que además de las irregularidades reseñadas en el escrito de tutela, se debe tener en cuenta que toda la investigación fue adelantada por el Fiscal 22 Antiterrorismo William Giraldo Pacheco Granados, quien a su vez se apoyó en el investigador del CTI Jairo Salazar, al igual que el principal testigo de cargo Mario Jaimes Mejía, los cuales están relacionados de la siguiente manera:

- El Fiscal antes de posesionarse como miembro de ese ente investigador fue comandante del Primer Distrito de Policía de Armenia y participó en la desaparición forzada del joven Guillermo Hurtado Parra, por lo que fue destituido a través de resolución 015 del 10 de julio de 1992, confirmada a través de resolución 017 del 22 de noviembre de 1993. Igualmente señaló que en su contra existe una investigación por irregularidades presentadas en un caso que adelantó como Fiscal en el municipio de Chivolo, Magdalena.
- El investigador del CTI antes de pertenecer a ese cuerpo investigativo fue destituido de la Armada Nacional por hechos de corrupción administrativa, al igual que por su posible participación en el homicidio de un dirigente de la Unión Sindical Obrera.
- Mario Jaimes Mejía, es una persona condenada a 40 años de cárcel por la masacre de 1998 en Barrancabermeja, coautor del secuestro y violación de la periodista Jineth Bedoya, quien se acogió a Justicia y Paz, para que todos sus crímenes sean saldados con una pena máxima de 8 años de cárcel.

Explicó que para el año 1991, cuando sucedieron los hechos todas las personas involucradas en la investigación seguida en su contra se encontraban delinquiendo, por lo que los funcionarios encargados de llevar su caso carecieron de competencia.

2.3. La abogada Alexandra Pardo González intervino como apoderada de las víctimas, señalando que el proceso donde originalmente se adelantó la investigación contra el señor José Aristides Andrade, ya fue fallado en primera instancia y los acusados fueron condenados, sin que se hubiere configurado la prescripción[24].

Afirma que a lo largo del trámite procesal se ha establecido que en este caso no ha operado la prescripción, decisiones que se deben mantener, so pena de que las víctimas pierdan su confianza en la justicia.

Refiere que existen pruebas que vinculan a milicianos de las FARC y al señor José Aristides Andrade con el homicidio del señor Núñez Cala, por lo que resulta desleal pretender en este momento presentar acusaciones en contra de una de las fiscalías que conoció el caso, así como un investigador, buscando desvirtuar la actuación de fondo respecto de las conductas delictivas endilgadas al prófugo.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida por el Consejo Superior de la Judicatura dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento del asunto y determinación del problema jurídico.

2.1. El accionante José Aristides Andrade, Exrepresentante a la Cámara, a través de apoderado judicial, interpone acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que vulneró su derecho fundamental al debido proceso, a partir de varias irregularidades presentadas al interior del proceso penal.

2.2. De esta manera corresponde a la Corte Constitucional examinar previamente si en este caso el actor cuenta con otro medio defensa judicial para hacer valer el derecho presuntamente vulnerado, teniendo en cuenta que el proceso aún se encuentra en trámite ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para resolver la problemática citada, la Corte acogerá como metodología de exposición: (i) el derecho a la tutela judicial efectiva respecto a la no admisión a trámite de la acción; y (ii) la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, en especial, el principio de subsidiariedad y el deber de agotar los recursos cuando el proceso se encuentra en curso.

De superarse el anterior presupuesto, la Sala de Revisión entrará a establecer si la autoridad judicial accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso al (i) abstenerse de decretar la prescripción de la acción penal; (ii) asumir la competencia de la

investigación penal; y (iii) inadecuada valoración del material probatorio existente y la adopción de decisiones con insuficiencia del mismo.

3. Posibilidad de interponer la acción de tutela ante cualquier juez incluyendo una corporación de igual jerarquía a aquella que se niega a dar trámite a la solicitud de amparo.

La Corte Constitucional en el año 2004 se vio abocada a proferir el auto 004 del 3 de febrero, debido a las múltiples peticiones elevadas por ciudadanos en las cuales manifestaban su preocupación por la actitud asumida por las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia que no admitían a trámite las acciones de tutela que se presentaban contra sus decisiones, como tampoco enviaban la correspondiente actuación a este tribunal para la eventual revisión.

Lo anterior llevó a que este tribunal, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional (inc. 1, art. 241 superior), señalara que aquellas personas afectadas con la referida medida tenían “el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte”. Todo ello a fin de evitar que quedaran sin resolución las solicitudes de tutela presentadas y específicamente garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Al respecto se expuso:

“Por lo tanto, si la Constitución Política (art. 86), el Decreto 2591 de 1991 (art. 1º), y el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, establecen que la tutela procede contra cualquier autoridad pública y no sólo en contra de las autoridades administrativas, y así lo han reiterado la Corte Constitucional en sus sentencias sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales por vía de hecho y el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente citada, es evidente que lo resuelto por las diferentes Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia al no admitir a trámite las acciones de tutela que interponen las personas contra providencia judicial proferida por una Sala de dicha Corporación, les vulnera su derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia (C.N., art. 229) y a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, de

conformidad con los Tratados Internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25), y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-11/90, OC-16/99).

[...]

Pese a lo anterior, no es posible, como regla general, que la respectiva Sala de Selección disponga lo pertinente sin que las tutelas hubieren surtido el trámite propio de las instancias.

En estos casos entonces, con fundamento en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, que dispone que son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud, y con el fin de que las personas logren que se pueda disponer lo pertinente en relación con la revisión de dichas acciones de tutela, los accionantes tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluida otra Corporación de igual jerarquía, solicitando la tutela del derecho fundamental que consideran violado. Es claro que el juez escogido por el actor o actores no podrá suscitar conflicto de competencia con la Corte Suprema de Justicia pues es la autoridad que ya con anterioridad ha resuelto no admitir su trámite.

Tampoco podrá negarse la tutela respectiva con fundamento en la temeridad o mala fe del accionante, por cuanto para estos casos, al no existir una decisión de fondo, la vulneración sobreviniente del derecho de acceso a la administración de justicia justifica la nueva interposición de la acción de tutela.

Finalmente, es necesario dar un tratamiento igual a otros ciudadanos que puedan encontrarse en la misma situación aquí advertida. Por ello, para los casos en que exista la misma situación de vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y la no tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia.”

Posteriormente, ante la imposibilidad de garantizar el derecho de acceso a la justicia a través de la aplicación de la subregla descrita, la Corte Constitucional resolvió implementar una segunda alternativa con el objeto de garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva. Así en el Auto 100 de 2008, se señaló:

“(ii) solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela”.

Quedó así establecido que las acciones de tutela presentadas contra providencias judiciales de las altas Corporaciones, que no fueran objeto de trámite, inadmisión o rechazo, faculta a los accionantes a presentar un nuevo amparo i) ante cualquier juez, incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema o al Consejo de Estado, como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional o Superior de la Judicatura, o ii) requerir su radicación ante la Corte Constitucional, para así poder cumplir con los fines esenciales del Estado como lo es el garantizar la efectividad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (art. 2º de la Carta)[25].

Conforme a los lineamientos expuestos, para esta Corporación, la actuación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al momento de negarse a darle trámite a la acción de tutela interpuesta por el exrepresentante José Aristides Andrade, bajo el argumento de que contra las decisiones de los órganos de cierre no procede recurso alguno, desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. De ahí que el accionante, conforme a lo establecido en el Auto 100 de 2008, se encontraba habilitado para presentar el amparo ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, quien tenía el deber constitucional de tramitarlo, como efectivamente ocurrió, gozando de competencia para decidir en el asunto.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.1. Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y los primeros pronunciamientos de esta Corporación[26], se ha señalado que la acción de tutela procede

excepcionalmente contra providencias judiciales. Ello tiene fundamento en el artículo 86 superior, el cual establece que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por “cualquier autoridad pública”.

Al abordar lo concerniente a quiénes constituyen autoridad pública, este Tribunal ha manifestado que del contenido del artículo 86 constitucional se desprende que son “todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”[27]. De igual modo, en las sentencias T-006 de 1992[28] y C-590 de 2005[29] se trajeron a colación los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, de los cuales pueden extraerse los fundamentos que llevaron a acoger la procedencia del recurso de amparo contra “cualquier autoridad pública” y de esa manera contra providencias judiciales.

4.2. La sentencia C-543 de 1992 no fue ajena a la jurisprudencia constitucional que le antecedía, toda vez que si bien en tal determinación se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, que contemplaban la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación luego de enfatizar que los jueces son “autoridades públicas”, registró claramente que:

“Nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” [subrayas al margen del texto original].

Lo anterior significa que la citada sentencia terminó excluyendo del ordenamiento jurídico

colombiano la normatividad que hacía procedente la acción de tutela contra providencias judiciales como regla general, permitiendo su procedencia solo de manera excepcional como hasta hoy ha insistido la Corte Constitucional.

Ello se comprueba notoriamente con las numerosas sentencias de revisión y unificación de tutela que reiteran la procedencia extraordinaria del amparo frente a decisiones judiciales, que han llevado con el paso del tiempo, más de 21 años, a construir una sólida línea jurisprudencial en cuanto a los supuestos de procedibilidad de la acción, que vienen a constituir el reflejo de las distintas situaciones que enfrenta la comunidad respecto de la efectividad de sus derechos fundamentales, como el debido proceso[30].

4.3. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional reitera que la tutela solamente resulta viable contra providencias judiciales si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, que se distinguen: unos, como de carácter general que habilitan la presentación de la acción y, otros, de carácter específico que conciernen a la procedencia del amparo una vez interpuesta.

4.4. Siguiendo la exposición hecha en la sentencia C-590 de 2005, el Juez de Tutela al estudiar la procedencia de la acción, debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales: (i) que el asunto sometido a estudio tenga relevancia constitucional[31]; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela[32]; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad[33]; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible[34]; y (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela[35].

4.5. Además de los requisitos generales mencionados, para que proceda el amparo contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, se requiere que se presente, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos: orgánico[36], sustantivo[37], procedimental[38] o fáctico[39]; error inducido[40],

decisión sin motivación[41], desconocimiento del precedente constitucional[42] y violación directa a la constitución[43].

4.6. En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.7. Tratándose de las decisiones de las altas corporaciones judiciales, en particular de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, dada la condición de máximos órganos de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los eventos de procedencia del amparo resultan aún más restrictivos, siempre partiendo de la competencia de este tribunal de surtir el grado de revisión en tutela (art. 241.9 superior), como una puerta abierta hacia la garantía efectiva de la primacía de los derechos inalienables del ser humano (arts. 2º y 5º superiores), dada la función que se le ha encomendado por la Carta Política de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 superior).[44]

4.8. Partiendo de la exposición y teniendo en cuenta el contexto del asunto que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, en el siguiente acápite se desarrollará lo concerniente al requisito de subsidiariedad, el cual constituye uno de los ejes a partir de los cuales se determina la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

El inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política[45] y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991[46], revisten a la acción de tutela de un carácter subsidiario por cuanto solo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Vale señalar que los medios de defensa judiciales deben ser valorados en cuanto a su idoneidad y eficacia, respecto a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

El carácter subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido señalado por la Corte desde sus primeros pronunciamientos en la materia. Así, en la sentencia C-543 de 1992, se sostuvo que “tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado

ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (...) Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales(...) tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso..." Decisión que, entre otras, fue reiterada en la sentencia SU-622 de 2001 y posteriormente en la sentencia C-590 de 2005, donde se señaló que la acción de tutela es un medio de defensa judicial subsidiario y residual, y que las acciones judiciales ordinarias constituyen supuestos de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales.

En igual sentido, la Sala Plena en la sentencia SU-026 de 2012, señaló lo siguiente: "Es necesario resaltar que la acción de tutela no es, en principio, el instrumento judicial adecuado para solicitar la protección de los derechos que eventualmente sean lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues el ordenamiento jurídico ha diseñado para este efecto la estructura de órganos de la rama judicial, estableciendo un modelo jerárquico cuyo movimiento se activa a partir de la utilización de una serie de mecanismos judiciales que buscan garantizar la corrección de las providencias judiciales". Por otra parte, en la sentencia SU-424 de 2012 se destacó: "(...) a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten[47]".

Hechas las anteriores precisiones es dable establecer que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres características importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido se desarrollará cada uno de ellos.

5.1. Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando el proceso aún se encuentra en trámite.

La Corte Constitucional ha señalado que el requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, se puede presentar en dos escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en curso. En el segundo de los escenarios, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Sobre el particular en la sentencia T-113 de 2013 se consignó:

“En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido[48]; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso[49]. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.”

En tal sentido, la Corte ha sido enfática al considerar que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos, por lo que no es dable la intromisión de la jurisdicción constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo[50]. Es así como esta Corporación ha precisado algunas razones que resaltan la importancia del estudio del requisito de subsidiariedad a fin de determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales[51], dentro de las que se destaca el respeto por el debido proceso propio de cada actuación judicial. En concreto se indicó:

“Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de

protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: ‘tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes’. Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.”

Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.

En suma, la acción de tutela solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Ello con el fin de evitar que este mecanismo excepcional, se convierta en principal[52].

Al respecto, vale destacar algunas decisiones en las que este tribunal Constitucional ha declarado la improcedencia del amparo debido a que el asunto aún se encontraba en trámite ante la jurisdicción respectiva. Ejemplo de ello son las siguientes:

En la sentencia T-886 de 2001[53], estando en curso el trámite de casación el actor

interpuso la solicitud de tutela ya que se había adelantado una indebida valoración probatoria. Sobre la improcedencia se indicó:

“En el presente caso se observa que está en trámite el recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia del Tribunal Nacional. Es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que la tutela únicamente procede contra actuaciones judiciales cuando el afectado ha agotado todos los medios de defensa judicial a su alcance[54].”

Por su parte en la sentencia T-212 de 2006, le correspondió a la Corte estudiar un caso en el que los accionantes fueron condenados en segunda instancia por su participación en una organización destinada al tráfico de drogas ilícitas. Estando en trámite el proceso en sede de casación se interpuso la acción de tutela, por supuestos defectos fácticos y sustantivos. La Corte observó que al haber sido admitido el recurso extraordinario de casación, se estaría desconociendo la naturaleza subsidiaria de la tutela. Se estableció:

“La Sala reitera que a pesar de la actual privación de la libertad personal, de estar en curso un recurso ordinario de protección que se estima idóneo para la protección de los derechos fundamentales, tal como lo es la casación penal, no procede la tutela. Lo anterior siguiendo los razonamientos de las sentencias T-466/02 y T-1107/03.”

Recientemente, en la sentencia T-113 de 2013, donde el actor estimó vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso -defensa y contradicción- y el acceso a la administración de justicia, en la medida que en la Fiscalía no se tramitó de forma separada el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de acusación proferida en su contra y la solicitud de nulidad elevada, la Corte consideró que este asunto debía ser ventilado al interior del proceso penal y aún contaba con la posibilidad de alegar la nulidad dentro de la oportunidad señalada en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000. Se dijo:

“Al respecto, destaca la Sala que el escenario natural para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante es el proceso penal. Al interior del mismo fungen como operadores judiciales sus jueces naturales, quienes están llamados al respeto del debido proceso propio de cada actuación judicial a fin de garantizar los derechos fundamentales de las partes, y por lo tanto, la intromisión del juez constitucional desconoce la seguridad jurídica y la cosa juzgada inherente a cada juicio.

No obstante, la protección de derechos fundamentales a través de la acción de tutela permite la intervención del juez constitucional siempre que se demuestre que no existe otro medio de defensa judicial o que se pretende evitar un perjuicio irremediable.

18. En términos concretos, en este caso la procedencia de la acción de tutela depende de identificar si al interior del proceso penal es posible encontrar otro medio de defensa judicial para subsanar la supuesta irregularidad en que incurrió la Fiscalía Sexta Delgada ante la Corte Suprema de Justicia al denegar el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de 2 de mayo de 2012. En particular, si la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, es susceptible de ser planteada como causal de nulidad al interior del proceso, dentro de la oportunidad señalada en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.”

Entonces, la jurisprudencia de este tribunal constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que la acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento.

5.2. Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios.

Como se indicó en la sentencia C-590 de 2005, constituye “un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”. En consecuencia, no resulta procedente la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el actor no ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales.

Es así como el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible para la procedencia de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias, el juez constitucional compruebe que los otros medios judiciales no son

eficaces para la protección de las garantías invocadas. En la sentencia T-161 de 2005, esta Corporación enfatizó que:

“la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.”

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha destacado que no basta con la mera existencia de otro mecanismo de defensa judicial para determinar la improcedencia de la tutela, sino que el juez debe valorar la idoneidad y la eficacia del mismo de cara a cada caso en particular, sin que ello implique el desconocimiento de la prevalencia y validez de los medios ordinarios de protección judicial como instrumentos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Entonces, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional[55], y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección.

Esta exigencia pretende asegurar que la acción de tutela no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[56]. Así se ha venido estableciendo por la jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos:

“la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente.

Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo.”[57]

Igualmente, en reciente pronunciamiento, este tribunal constitucional reiteró esta posición y confirmó que siempre que existan recursos ordinarios o extraordinarios para alcanzar la validez de los derechos fundamentales, se debe acudir a ellos de manera preferente, a fin de que la acción de tutela no sea considerada como una instancia adicional, ni llegue a reemplazar aquellos previstos por el proceso ordinario. En la sentencia T-746 de 2013 se expuso:

“En este sentido, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos. Razón por la cual, quien invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.[58] Esta exigencia pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el legislador[59].”

Por otra parte, en lo que concierne al deber de agotar los recursos extraordinarios, más concretamente, la acción de revisión, la Corte ha resaltado la importancia constitucional del mecanismo judicial para la defensa de los derechos fundamentales.

Sobre esta herramienta, la Corte Constitucional en la sentencia C-998 de 2004[60], refirió que con la acción de revisión se cumple la exigencia constitucional de poder impugnar las sentencias condenatorias, la que además no tiene límite de tiempo para su presentación[61]. Específicamente ha señalado que “permite en casos excepcionales dejar sin valor una sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial revelan que ésta es injusta. En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio ‘res iudicata pro veritate habetur’ para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de

una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado...Teniendo en cuenta que la revisión está llamada a modificar providencias amparadas por la cosa juzgada, es un mecanismo extraordinario que sólo procede por las causales taxativamente señaladas por la ley. Es por ello que la jurisprudencia ha dicho que las causales previstas para su procedencia deben ser interpretadas en forma restrictiva[62]" (Sentencia C-871 de 2003).

De igual forma, la acción de revisión constituye un mecanismo al cual pueden acudir el procesado que no comparezca personalmente por desconocimiento o porque se oculte, como lo indicó esta Corte en la sentencia C-488 de 1996, donde además distinguió para efectos de determinar los derechos que les asiste entre el sindicado que se oculta y el que no se entera de la existencia del proceso[63].

También ha reconocido esta Corporación que la acción de revisión hace improcedente la acción de tutela al constituir un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales siempre que se esté bajo alguna de las causales taxativamente contempladas en el Código de Procedimiento Penal[64].

Es así como en diferentes oportunidades esta Corporación ha declarado la improcedencia del amparo al verificar que no se agotaron todos los recursos ordinarios y extraordinarios antes de acudir a la acción de tutela. Al respecto se pueden constatar las siguientes decisiones:

En la sentencia SU-858 de 2001, la Corte Constitucional estudió el caso del Exsenador Édgar José Perea Arias en contra de la Sala Plena del Consejo de Estado, que mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de su investidura[65]. En esa oportunidad encontró este tribunal constitucional que el accionante aún contaba con la posibilidad de acudir al recurso extraordinario especial de revisión (art. 17 de la Ley 144 de 1994).

"En los términos del artículo 86 de la Constitución, no basta que en el caso concreto se presente una violación de los derechos fundamentales, sino que es menester, además, que la persona carezca de un medio de defensa judicial eficaz. La nota de eficacia del medio de protección judicial no puede apreciarse en abstracto y sin consideración de los derechos

constitucionales fundamentales involucrados[66].

La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo -carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso -y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios.”

En el presente caso es claro que el demandante cuenta con un medio de defensa judicial expresamente previsto en la ley, para controvertir la sentencia judicial que decreta la pérdida de la investidura, por ser violatoria del debido proceso y con la virtualidad de brindar plena protección al derecho de ejercicio de cargos públicos, en razón a que como resultado de la decisión de la revisión, el Congresista puede ser reintegrado a su curul y rehabilitado en su capacidad para ser nuevamente elegido, sin perjuicio de la reparación patrimonial que pueda obtener.”

En la Sentencia SU-1299 de 2001[67], se alegó el desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus. Esta Corporación sostuvo que a pesar de la irregularidad presentada, debía agotarse primero el recurso de casación. Dijo la Corte en esa ocasión:

“[A]l contemplar la normatividad aplicable al presente caso una causal específica de casación sobre la violación de la prohibición de la reformatio in pejus, causal que pese a su naturaleza civil es aplicable por la justicia penal, la acción de tutela era improcedente. La Corte confirmará el fallo objeto de revisión en cuanto denegó la acción de tutela por improcedente, no sin antes dejar en claro que la acción de tutela podrá ser utilizada posteriormente de presentarse una vía de hecho[68].”

La Corte Constitucional también ha establecido que la acción de tutela se torna improcedente en asuntos penales en materia de prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que para tal fin está prevista la acción de revisión. En la sentencia SU-913 de 2001[69], se dijo:

“[e]s el consagrado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal anterior (220 actual) consagra la acción de revisión, que sería aplicable en el presente caso. Dice la norma que: ‘La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:(...)2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción (..) O por cualquier otra causal de extinción de la acción penal’.

Hay, pues una acción procesal expresamente establecida para dilucidar si había presunta prescripción de la acción penal. La jurisprudencia de la Corte Suprema, al referirse a esta causal dijo:

La causal segunda de revisión, tal como ha sido concebida en el estatuto procesal penal, pareciera regular exclusivamente hipótesis de extinción de la acción penal anteriores al fallo, dejando fuera de previsión situaciones que por igual pueden llegar a presentarse como consecuencia del mismo o en el trámite de su ejecutoria.

Esta hipótesis, como ya se anotó, pareciera no hacer procedente la revisión a juzgar por el texto de los artículos 232.2 y 240.1, pero en razón a que la prescripción es fenómeno posible de concretarse en cualquier momento del proceso, aún después de la sentencia, debe quedar comprendida en este motivo de procedencia, al lado de la prescripción antecedente’. (Sentencia de 29 de julio de 1997).

En conclusión, mediante la acción de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puede plantear el accionante, a través del defensor, la causal de prescripción.”

En igual sentido en la sentencia T-1320 de 2001[70], la Corte reiteró los planteamientos esbozados en la sentencia SU-913 de 2001, estableciendo que el amparo resultaba improcedente ante la existencia de la acción de revisión. En concreto se refirió:

“4.2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, cuando existe otro medio de defensa judicial, como ocurre cuando para combatir una providencia se ha previsto por la ley la posibilidad de ejercer recursos ordinarios o extraordinarios contra ella, no es procedente la acción de tutela.

4.3. Así, en desarrollo del postulado a que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 29 de agosto de 2001, en la cual se decidió una acción de tutela contra sentencia penal de única instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la cual se invocó para proponerla la existencia de la prescripción de la acción penal, expresó que era improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial.”

En conclusión, siempre que exista un medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de derechos, debe agotarse antes de acudir al juez constitucional, a fin de que la acción de tutela no se convierta en un instrumento alternativo, adicional o paralelo a los establecidos al interior de cada proceso.

5.3. Improcedencia de la acción de tutela cuando se utiliza para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

En atención al carácter exceptivo de la acción de tutela, la misma resulta improcedente cuando se pretende emplear para reabrir un asunto litigioso que por negligencia, descuido o distracción de las partes, se encuentra debidamente resuelto. En tal sentido, desde los primeros pronunciamientos de esta Corte, se ha indicado:

“Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.”[71]

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-753 de 2006 señaló que existe el deber de agotar oportuna y adecuadamente las vías judiciales ordinarias, antes de acudir a la acción de amparo.

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela[72], se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia

pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

En ese orden de ideas, es reiterativa la posición de la Corte en cuanto a la improcedencia de la tutela cuando en desarrollo de un proceso judicial las partes pudieron valerse de los recursos judiciales ordinarios pero estos no fueron empleados oportunamente, ya que no puede constituirse en la vía para discutir situaciones jurídicas consolidadas que adquirieron firmeza por la caducidad de los recursos y acciones que no fueron utilizados oportunamente por los interesados. Así se expuso en la sentencia SU-037 de 2009.

“En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”

En conclusión, es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite

jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios.

5.4. Ahora bien, respecto a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte en sentencia T-751 de 2001 y en Auto de Sala Plena 199 de 2003, definió el perjuicio irremediable como “el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho...”[73]

Según la jurisprudencia de esta Corporación, las características del perjuicio irremediable se refieren a: (i) la inminencia[74]; (ii) la medida debe ser urgente[75]; (iii) debe ser grave[76]; y (iv) el ejercicio de la acción de tutela se torna impostergable[77]. Por ende, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio está supeditada a que el actor demuestre conforme a las circunstancias concretas del caso, la presencia concurrente de los elementos de su configuración.

7. Improcedencia de la acción de tutela ante la necesidad de agotar otros medios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico y haber dejado vencer etapas procesales en las que pudo alegar los derechos invocados en la acción de tutela. Caso concreto.

La Sala procederá a resolver (i) sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, teniendo en cuenta que el asunto se encuentra en trámite; (ii) la existencia de otros mecanismos de defensa judiciales. De existir un medio judicial que revista de idoneidad y eficacia, la Sala habrá de examinar (iii) si se está ante un perjuicio irremediable a pesar de que el amparo no fue interpuesto como mecanismo transitorio.

Al respecto se debe tener en cuenta que el accionante basa la solicitud de amparo en tres puntos fundamentales: (i) la prescripción de la acción penal, (ii) la valoración del material probatorio, y (iii) la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para adelantar la investigación y juzgamiento del presente asunto. La Sala evaluará cada uno de los ítems planteados de manera separada.

7.1. Abstenerse de decretar la prescripción de la acción penal.

7.1.1. En desarrollo del proceso penal adelantado, el 7 de abril de 2011 la defensa solicitó la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que desde el momento en que ocurrieron los hechos (5 de abril de 1991) y hasta la fecha en que se interpuso el recurso (7 de abril de 2011) habían transcurrido más de 20 años, término que la ley define como extintivo de la acción penal.

El 4 de mayo de 2011, la Sala de Casación Penal negó la solicitud de prescripción de la acción penal, por cuanto el término de prescriptivo se había suspendido desde el momento en que algunos de los sujetos procesales se acogieron a la sentencia anticipada por aceptación de cargos y hasta el 28 de enero de 2011 cuando se materializó la ruptura de la unidad procesal (Corte Suprema de Justicia avocó el conocimiento del asunto).

El 25 de mayo de 2011, la defensa solicitó se declarara la nulidad de lo actuado, por no haberse declarado la prescripción de la acción penal. En la audiencia preparatoria en la que la Sala de Casación Penal negó la petición de nulidad y se abstuvo de decretar la prescripción de la acción penal. En igual sentido el 27 de julio de 2011, la Corte Suprema de Justicia resolvió no reponer lo decidido en la sesión del 25 de julio (audiencia preparatoria), en lo relativo a la prescripción de la acción penal. Se reitera que actualmente no se ha cumplido con la audiencia pública de juzgamiento.

7.1.2. Entonces, dentro del proceso seguido en contra del accionante aún se encuentra pendiente una de las etapas procesales más importante, como lo es la audiencia pública de juzgamiento, la cual se constituye en la parte sustancial del proceso, cuyo fin es establecer los criterios fundamentales para proferir la sentencia, que puede ser condenatoria o absolutoria. Todo ello siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 29 de la Carta Política, que preserva la garantía del juicio público dentro del marco de un debido proceso: “Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

La audiencia de juicio se cumple bajo la dirección del juez, con plena observancia de todas las garantías constitucionales y legales. En esta audiencia, las partes (sindicado, defensor, fiscal, representante del Ministerio Público y apoderado de la parte civil), someten a debate las pruebas recaudadas, de manera previa a la audiencia pública y/o concomitante con esta, a fin de esclarecer los hechos generadores de la conducta ilícita, para así poder determinar la responsabilidad del procesado, situación que en todo caso debe desvirtuar la presunción de inocencia.

Es así como, en la audiencia pública la defensa puede exponer los argumentos expuestos en esta oportunidad a través de la acción de tutela, donde cuenta con las garantías propias del proceso penal, en amplio debate en el que se desarrollan todas las problemáticas de orden fáctico, sustancial y procesal, de acuerdo a la particularidad del caso. En esa medida corresponderá al operador judicial valorar todas las circunstancias expuestas por las partes y evacuar cada una de ellas de cara a los lineamientos constitucionales y legales.

En suma, la audiencia pública se constituye en un medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de los derechos de la parte actora, incluso para reclamar la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal, evitando de esta manera que la tutela se convierta en un instrumento alternativo, adicional o paralelo a los establecidos al interior del proceso penal.

7.1.3. Por otra parte, la improcedencia también alude a la posibilidad de acudir a la acción de revisión. Ella se encuentra consagrada en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000, que en el numeral segundo señala: “2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal”.

Esta Corte ha reiterado que la procedencia de la acción de revisión por la causal de prescripción de la acción (numeral 2), constituye un mecanismo extraordinario de defensa judicial que resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales, siendo la instancia propicia para que se examine la pretensión del accionante, por lo que no corresponde a esta Corporación decidir si prosperaría o no la pretensión de quien instaura la tutela, al momento de decidirse el recurso existente, porque se entraría al estudio del fondo

de lo alegado, lo cual escapa a la competencia de la Corte Constitucional.

En tal medida en principio, el ciudadano debe esperar a que la autoridad judicial competente se pronuncie de fondo acerca de la procedencia o no de la causal de revisión, ya que dicho mecanismo constituye un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del actor. Por consiguiente, la acción de revisión que habrá de surtirse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye el escenario natural donde el actor puede ventilar las circunstancias reseñadas en la acción de tutela bajo las causales taxativamente previstas en la legislación procesal penal, aportar las pruebas que considere necesarias y brindar los elementos de juicio indispensables para demostrar que efectivamente al momento de dictarse sentencia en su contra la acción penal se encontraba prescrita.

En esa dirección, atendiendo el requisito general de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales establecido por la jurisprudencia de la Corte de agotar todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, corresponde al actor acudir a dicho medio de defensa judicial ordinario (audiencia pública) y extraordinario (acción de revisión) previsto en el ordenamiento jurídico, conforme con el carácter subsidiario que reviste el amparo.

7.2. La valoración del material probatorio.

7.2.1. El apoderado del accionante destacó que en el desarrollo del proceso penal seguido en contra de su defendido, se omitió el decreto de pruebas necesarias para calificar el sumario y además se dejaron de practicar las pruebas oportunamente decretadas por la Fiscalía, antes de que la Corporación accionada asumiera la competencia de este caso.

Del material probatorio obrante se extrae que una vez la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia avocó el conocimiento del asunto (28 de enero de 2011) declaró la nulidad de la diligencia de indagatoria rendida por el señor José Aristides Andrade, dando validez a las demás pruebas practicadas.

El 22 de febrero de 2011, la autoridad accionada decidió cerrar la instrucción, ya que en su criterio el material probatorio recaudado era suficiente para calificar el mérito del sumario. Finalmente el 25 de julio (audiencia preparatoria), la Sala de Casación Penal, accedió a

algunas solicitudes probatorias elevadas por la Procuradora Delegada, la parte civil y la defensa, quedando por celebrarse la audiencia pública de juzgamiento.

7.2.2. En esta etapa procesal (audiencia pública de juzgamiento) la defensa puede presentar las alegaciones expuestas en esta oportunidad sede de tutela, contando con las garantías propias del proceso penal, especialmente si se tiene en cuenta que en esta instancia es viable presentar y evaluar todas las pruebas recaudadas durante la etapa instructiva e incluso en la de juicio, en procura de alcanzar el esclarecimiento de los hechos, así como garantizar las prerrogativas propias del debido proceso que implícitamente abarca también el derecho a la presunción de inocencia, la cual debe ser desvirtuada para poder dictar sentencia condenatoria.

Por su parte, la presunción de inocencia es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se configura el Estado de Derecho y las democracias modernas[78]. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada[79].

Por tanto, para que el operador judicial proceda a dictar sentencia condenatoria, debe haber superado una valoración de los hechos y derechos en relación con el material probatorio, debiendo cumplir con una amplia carga argumentativa en aras a desvirtuar la presunción de inocencia[80].

De lo expuesto se desprende que para condenar a una persona se requiere de un profundo análisis de los diferentes elementos probatorios allegados al proceso, a fin de verificar la certeza sobre la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, por lo que el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

7.3.1. Afirma la parte actora que la Corte Suprema de Justicia asumió competencia sobre la presente investigación penal, dando aplicación retroactiva al cambio de jurisprudencia hecho por esa Corporación respecto a la interpretación del artículo 235 de la Carta Política (autos del 1º y 15 de septiembre de 2009), al establecer que existía un nexo entre el delito atribuido y su calidad de congresista, pese a que había dejado de pertenecer al órgano legislativo y el delito atribuido era de los llamados propios o de responsabilidad.

De las pruebas recaudadas se extrae que el 14 de septiembre de 2010, la Fiscalía se abstuvo de resolver la situación jurídica del señor José Aristides Andrade y compulsó copias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que allí se asumiera su juzgamiento, debido a su fuero congresional. En contra de esta decisión, el abogado defensor presentó recurso de reposición, advirtiendo que se debía anular todo lo actuado a partir del momento en que se acreditó dentro del proceso la calidad de Representante a la Cámara de su defendido (02 diciembre 2008), correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia iniciar nuevamente con el trámite respectivo. Los recursos interpuestos fueron desestimados.

El 28 de enero de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia avocó el conocimiento del proceso adelantado en contra del señor José Aristides Andrade y decretó la nulidad exclusivamente de la indagatoria. En esa oportunidad, la defensa expuso su inconformismo con la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en torno a la posibilidad de asumir la competencia en este caso, sin embargo, se abstuvo de presentar recurso en su contra por considerar que el mismo resultaba inviable.

7.3.2. Hechas las anteriores precisiones, debe destacarse que del recuento fáctico expuesto, no puede entenderse que la parte actora haya atacado la posición de la Sala de Casación Penal, en la medida que en la primera oportunidad, cuando la Fiscalía remitió las diligencias a esa Corporación, expuso que se debían anular todas las actuaciones adelantadas, sin mostrar inconformidad con la posición esbozada y en la etapa posterior si bien refirió que a pesar de no compartir el hecho que la Corte Suprema asumiera el conocimiento del asunto, consideró inviable presentar recurso en contra de dicho punto, máxime si se tiene en cuenta que el auto a través del cual ese tribunal asumió la competencia permitía interponer los recursos de ley, teniendo en cuenta que en él se consignó la expresión "Notifíquese y cúmplase", de lo que puede extraerse que en este caso se trataría más de una estrategia defensiva que la imposibilidad de presentar su inconformidad con el hecho que ahora considera vulnerador de sus derechos fundamentales.

Como se explicó en la parte dogmática de esta decisión, la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, ya que con

ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que allí se adopten.

En tal medida, no resulta admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no solicitó su amparo dentro del proceso seguido en su contra, toda vez que, el estatuto procesal penal le permitía incluso alegar la nulidad de acuerdo a lo establecido en la causal primera del artículo 306 de la Ley 600 de 2000[81]. En este punto es indispensable precisar la oportunidad procesal en la cual es posible interponer nulidades dentro del proceso. El artículo 308 ibídem, señala que “las nulidades podrán invocarse en cualquier estado de la actuación procesal”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que “las nulidades que acorde con lo previsto en el artículo 308 de la Ley 600 de 2000, pueden invocarse en cualquier estado de la actuación procesal son aquellas originadas en la etapa del juicio, pues las surgidas en la etapa instructiva deben ser alegadas durante el término de traslado previo a la audiencia preparatoria”[82]. Así, una irregularidad en relación con la declaratoria de persona ausente que pueda generar la nulidad de la misma debe ser alegada en el término de 15 días señalado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, previo a la audiencia preparatoria[83].

En tal medida no se cumple con este requisito de procedibilidad partiendo de la descripción fáctica adelantada y lo señalado en la jurisprudencia de esta Corporación, donde se ha indicado que es indispensable que la persona exponga todas las razones por las cuales está inconforme dentro de las etapas procesales respectivas, para que sea allí donde dicho debate se desarrolle, de lo contrario se estaría usando la tutela como una instancia para subsanar los errores cometidos en el proceso.

7.4. Ausencia de existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Ahora bien, en cuanto a la posible existencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto que pudiera hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, debe señalarse que el apoderado judicial del actor no alegó esta circunstancia, ni demostró que existiera un evento que hiciera viable el amparo como mecanismo transitorio. Incluso valorando el acontecer fáctico, la Sala no aprecia la concurrencia de los presupuestos

establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un perjuicio irremediable como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad de la acción.

Ha establecido la Corte Constitucional que la sola circunstancia de que exista una orden de captura en contra del accionante no constituye en sí misma la configuración de un perjuicio irremediable, toda vez que esta fue dictada bajo las garantías del procedimiento penal, máxime si se tiene en cuenta que actualmente no se ha podido materializar la privación de la libertad. Así se señaló en la sentencia T-1107 de 2003 donde se puntualizó:

“Carece de fundamento constitucional toda pretensión de amparo transitorio basada en la presunta vulneración del derecho a la libertad individual, cuando, como en el presente caso, el peticionario está siendo buscado por las autoridades públicas para que comparezca y cumpla con la pena privativa de la libertad que le ha sido impuesta, después de un proceso judicial adelantado conforme lo establece el ordenamiento jurídico.”

Así las cosas, no encuentra esta Sala de Revisión motivo alguno para conceder el amparo como mecanismo transitorio.

7.5. En suma, si una vez agotados de manera diligente los medios de defensa judiciales que ha previsto el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales del actor, considera que han fallado al persistir su vulneración puede acudir nuevamente a la acción de tutela sin que por ello se incurra en temeridad, dado el estado de indefensión en que se encontraría ante la nueva decisión adoptada.

Así también se estableció en la sentencia C-590 de 2005, donde se explicó que una vez agotados de manera diligente los medios de defensa judiciales ordinarios y extraordinarios, el actor considera que la autoridad judicial ha fallado al no garantizar sus derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente al encontrarse en estado de indefensión. Así sostuvo: “este mecanismo (acción de tutela) sólo puede operar cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y siempre que la persona hubiere acudido a ellos de manera diligente(...) Se trata, simplemente, de una revisión extraordinaria y excepcional de la constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión.

7.6. Conclusión.

Puede afirmarse que en lo concerniente a la procedencia o no de la acción de tutela cuando el asunto está en trámite e incluso se cuenta con la posibilidad de acudir a la acción de revisión, así:

- i. La acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento, así como la oportunidad de agotar los recursos extraordinarios, como ocurre con la acción de revisión.
- ii. En la eventualidad de haber agotado los medios de defensa ordinarios y extraordinarios de defensa, es procedente entonces la acción de tutela, si en tales decisiones incurren en alguna de las causales de procedibilidad mencionadas y se compruebe que se están afectando derechos fundamentales.

En el presente caso observa la Sala que el asunto aún sigue en trámite, siendo indispensable que el actor agote todos los medios de defensa judicial, ordinarios y extraordinarios, como lo es presentar sus alegatos respectivos en la audiencia pública de juzgamiento, el escenario natural donde deben cumplirse este tipo de debates, siendo posible hacer solicitudes en el sentido de obtener la declaratoria de cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal o una eventual sentencia absolutoria, con lo que las demás irregularidades procesales expuestas perderían razón de ser al quedar demostrada la inocencia.

Por las razones anteriores, se confirmará el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada en este asunto.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 18 de octubre de 2011, dentro de la acción de tutela interpuesta por el Exrepresentante a la Cámara José Aristides Andrade, que en su momento declaró improcedente la solicitud de amparo.

Tercero. Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-103/14

Referencia: expediente T-3286505.

Acción de tutela presentada por el señor José Aristides Andrade contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado sustanciador, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que no existían razones que justificaran invalidar las actuaciones surtidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, debo aclarar mi voto, pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho”, más aún cuando se utiliza en proceso aún en curso, y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones[84], no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 23 a 27) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo

proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento[85], de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

[1] Causa seguida en contra del Exrepresentante a la Cámara José Aristides Andrade en grado de determinador del homicidio del señor David Núñez Cala, ocurrido el 5 de abril de 1991.

[2] De acuerdo con el acervo probatorio, el 5 de abril de 1991, en hechos acaecidos en Barrancabermeja, Santander, aproximadamente a las 6:00 am, David Núñez Cala perdió la vida a causa de diversos impactos de bala producidos por arma de fuego de corto alcance, cuando se desplazaba en una camioneta marca LUV (modelo B-2000) a cargo de la Secretaría de Obras Públicas de ese municipio, por el sitio conocido como “Paso Nivel” de la línea férrea.

[3] En aquella oportunidad el declarante expuso que: “durante mi pertenencia al frente 24 de las FARC se dio de baja al candidato de la Alcaldía de Barrancabermeja al doctor DAVID NÚÑEZ CALA, quienes montaron el operativo y dieron la orden de llevarlo a cabo fueron alias don JORGE, RENZO, DAVID RAVELO, autor ALCIDES SILVA, coautor PANADERO y ARISTIDES ANDRADE, esto ocurrió en 1990 después de la reunión que hicieron, el doctor ARISTIDES ANDRADE y ANDRÉS un funcionario de obras públicas, a la reunión asistió (sic) los mandos de las milicias del frente (...) estas fueron las palabras del doctor ARISTIDES ANDRADE, era que el doctor NÚÑEZ era MASETO (...) en el reten fue la reunión, en Barrancabermeja aquí hay un restaurante en ese entonces, ahí nos reunimos con el señor ARISTIDES ANDRADE, el señor JORGE Comandante de las Milicias Bolivarianas, ahí se acordó, la conversación que hubo ahí fue el favor que pidió ARISTIDES ANDRADE para que le diéramos de baja, la información que el señor DAVID NÚÑEZ, era que era colaborador de los masetos de Puerto Boyacá”.

[4] Específicamente en la providencia a la que se hace alusión se mencionó: “En virtud a que mediante resolución del pasado primero de Octubre, el Fiscal Tercero de Barrancabermeja ordenó la apertura de la Instrucción solamente contra MARIO JAIMES MEJÍA, Alias “Panadero”; se dispone en virtud a que los señores DAVID RAVELO CRESPO, ORLANDO NOGUERA MANTILLA y JOSÉ ARISTIDES ANDRADE rindieron versión libre, igualmente ordenar su vinculación mediante diligencia de indagatoria y dentro del término legal resolverles situación jurídica.// Así mismo, se dispone vincular mediante diligencia de

indagatoria al señor FREMIO SÁNCHEZ CARREÑO, alias comandante 'Esteban', 'Juan Carlos', 'El Loco Esteban' o 'Diego Papeleta', quien se encuentra a disposición de la Fiscalía Especializada de Derechos Humanos y DIH de Bucaramanga, y dentro del término resolverle situación jurídica".

[5] Artículo 356. Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.//Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. // No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

[6] En su momento la defensa expuso: "Según el artículo 306, numeral 1° de la Ley 600 de 2000, constituye causal de nulidad la 'falta de competencia del funcionario judicial', causal que es procedente en el presente caso como consecuencia jurídica de tal declaratoria realizada por el señor Fiscal del conocimiento del caso.// La indagación preliminar se abrió el 2 de julio de 2008 y producto del trabajo investigativo se estableció que mi poderdante JOSÉ ARISTIDES ANDRADE, según aparece en el proceso el Oficio No. 24 de Noviembre de 2008, RDE-01089, procedente de la Registraduría Delegada en lo Electoral, (Fls. 62 y 63 Cdno 2 de copias, fue elegido Representante a la Cámara en las elecciones del 11 de marzo de 1990 y en las elecciones del 27 de octubre de 1991, fue elegido nuevamente Representante a la Cámara por Santander. Por otra parte, también fue allegada certificación del Secretario General de la Cámara de Representantes de fecha 2 de diciembre de 2008 (Fl. 69, cdno 2 de copias), en la que consta que para la fecha 8 de abril de 1991, el doctor JOSÉ ARISTIDES ANDRADE fungía como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santander.// Por lo antes expuesto es claro, que desde antes de la apertura de la instrucción de 1° de abril de 2009 y de la orden de vinculación mediante indagatoria de mi defendido de fecha 31 de julio de 2009, se conocía en el expediente su calidad de aforado, razón por la cual, de acuerdo al razonamiento realizado ahora por la Fiscalía General de la Nación, no podía iniciar la investigación penal por expresa disposición del artículo 235 de la Constitución Política, lo que indica que, a juicio del ente investigador, el juez natural es la Corte Suprema de Justicia. En ese orden de ideas, la incompetencia no se presentó ahora sino que deviene desde el momento mismo en que se acreditó la calidad de aforado, razón por la cual desde aquel momento debió haberse dado la ruptura de la unidad

porcesal (art. 92 numeral 1°) y compulsado las copias correspondientes para que se investigara por parte de esa Corporación y no hasta ahora, es decir, no se debió haber continuado la investigación como tampoco con la práctica de pruebas en razón a la incompetencia de la Fiscalía”.

[7] Sobre el particular señaló: “Tratándose de personas amparadas por el fuero constitucional, son varios los eventos que se pueden presentar, teniendo en cuenta que el fuero no es un privilegio personal sino una cláusula de protección a favor de la dignidad del cargo: (a) la persona comete delito común (no funcional) y adquiere el cargo que le otorga el fuero, la competencia pasa a la Corte Suprema de Justicia. Pero si deja el cargo, el caso pasa al competente por los factores ordinarios de competencia; (b) la persona comete un delito funcional (para adquirir el cargo y adquiere el cargo que le da el fuero), durante el cargo y después de dejarlo, la competencia es de la Corte Suprema de Justicia, corporación que la retiene así la persona deje el cargo; (c) el funcionario comete delitos con un copartícipe no aforado, caso en el cual se rompe la unidad procesal mientras aquél conserve el fuero (artículo 92-1 de la ley 600 de 2000 y el artículo 53-1 de la Ley 906 de 2004).// Como se explicó, la investigación contra JOSÉ ARISTIDES ANDRADE surgió, no sólo de la mención que hizo MARIO JAIMES, alias EL PANADERO, sino de los señalamientos que en ese mismo sentido le hicieron FREMIO SÁNCHEZ, JESÚS VILLAMIZAR RODRÍGUEZ, JAIME BARBA RINCÓN y PEDRO NÚÑEZ CALA. //La calidad foral del procesado fue acreditada el 2 de diciembre de 2008, y la misma no se discute. También se entiende que el delito, de haber ocurrido, era un delito funcional porque la muerte de DAVID NÚÑEZ CALA ocurrida el 5 de abril de 1991 en Barrancabermeja, estaba relacionada con su probable aspiración a la alcaldía de ese municipio, es decir, en relación con la política y la pretensión electoral del probable coautor, además que al parecer el procesado se concertó con integrantes de grupos armados ilegales para cometer el delito, lo que permitiría suponer que esos vínculos venían de tiempo atrás.//Pero cuando se estima que el funcionario que actuó, lo hizo sin competencia, no es apropiado asumir que no tiene competencia sobre el asunto pero sí la tendría para decretar la nulidad por falta de competencia. Por esa razón la regla de derecho que rige la nulidad por incompetencia, es que sólo puede ser decretada por quien sí tiene la competencia. (...) Por esa razón, para dar cumplimiento al párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, lo que procede es remitir la actuación a la H. Corte Suprema de Justicia para que ella, en su soberanía jurídica, decida si asume o no el conocimiento del caso”.

[8] A través de auto del 1° de septiembre de 2009 la Sala de Casación Penal constituye el precedente jurisprudencial a partir del cual esa Corporación estableció que se debía mantener el fuero congresional en cuanto se trate de conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a senadores y representantes (art. 150 y ss C. Pol.), cuando el ilícito “tengan relación con las funciones desempeñadas” (art. 235 C. Pol.) siempre que de su contexto se advierta el vínculo con función pública propia del Congreso. Para la Corte Suprema de Justicia la relación del delito con la función pública tiene lugar cuando “se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en un medio y oportunidad propicios para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”. Fue sobre esta hipótesis que la Corte Suprema fijó la competencia del presente asunto, así: “Los hechos que motivaron la apertura de instrucción, tal como quedaron referidos, se relacionan con los señalamientos hechos en contra del ex Representante a la Cámara de Representantes, cuando el 5 de abril de 1991, miembros para ese entonces de las milicias urbanas de Barrancabermeja, que formaban parte del Frente 24 de las FARC, quienes luego de la desertión se vincularon con las Autodefensas Unidas de Colombia, Bloque Central Bolívar, hasta la desmovilización. Fueron ellos quienes cegaron la vida del funcionario de la alcaldía de Barrancabermeja, el ingeniero DAVID NÚÑEZ CALA. // Para esa fecha, como ya se ha referido esta providencia, el doctor JOSÉ ARISTEDES ANDRADE ostentaba la calidad de miembro del Congreso de la República, tal como fue conocido desde el 2 de diciembre de 2008.// Para ese momento la interpretación del párrafo del artículo 235 Superior dista diametralmente de la que hoy en día rige a partir del primero de septiembre de 2009, la que debe estar precedida del análisis de la concreta situación para posteriormente definir si efectivamente se trata de actividades ‘completamente ajenas al desempeño de las funciones parlamentarias’. Las pruebas allegadas al plenario, analizadas hoy, bajo la reciente y consolidada jurisprudencia de la Sala Penal, permite estimar que los hechos ocurridos en Barrancabermeja, el 5 de abril de 1991, sí tuvieron relación con las funciones que desempeñaba el entonces Representante a la Cámara JOSÉ ARISTIDES ANDRADE, porque de los testimonios e indagatoria de MARIO JAIMES MEJÍA, alias ‘EL PANADERO’ se desprende que presuntamente existió un interés político con la finalidad de lograr la alcaldía del municipio de Barrancabermeja. //En el auto del primero de septiembre de 2009, como en la providencia

complementaria del 15 del mismo mes y año, la Corte resolvió asumir una postura que parte del mantenimiento del fuero congresional en cuanto se trate de conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a senadores y representantes (artículos 150 y ss. de la Carta Política), pero a la par de ello se debe acudir al referido párrafo del artículo 235 de la Constitución cuando no se trata específicamente de ‘delitos propios’, sino de punibles ‘que tengan relación con las funciones desempeñadas’ por los congresistas, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia del Congreso. //La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicios para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. //En las diligencias enviadas a la Corte Suprema de Justicia, se vislumbra la existencia de esa relación, como se expuso de la cita de algunas declaraciones que le permite a la Sala en este caso concreto, interpretar la competencia a las directrices jurisprudenciales de aplicación de la norma constitucional”.

[9] Artículo 344. Si ordenada la captura, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno.

[10] Al respecto explicó: “El que la defensa en el curso del proceso haya guardado silencio en relación con la competencia que ahora asume la H Corte, no es porque estemos de acuerdo con el cambio jurisprudencia y por el contrario defendemos la posición de que dicha Corporación no es competente para conocer entre otros, el presente asunto, pero que si ha adoptado la decisión de conocer una investigación, debe asumir todas las consecuencias de su decisión sin desvíos jurídicos para reconocer los efectos jurídicos y reales de su propia decisión frente al caso particular.(...) El que el suscrito abogado conozca

las decisiones que ha tomado la H Corte a partir del 1° de septiembre de 2009, en 'otros procesos', no es argumento válido para presumir que estoy de acuerdo con aquel 'precedente' o legitimar lo que en mi sentir jurídico y posición como defensor, es una equivocación de la H Corte en materia de competencia, que lleva a la vulneración de derechos fundamentales de los procesados, al considerar, por vía de interpretación que los presuntos delitos cometidos por un parlamentario tienen que ver con las funciones de ellos, pero sin consultar exactamente las regladas por la Constitución y la ley para confrontarlas exactamente con los hechos materia de investigación o juzgamiento. El que un defensor no haya impugnado la competencia de la Fiscalía y que después se diga que la competencia es de la H Corte para conocer de un proceso contra un parlamentario sin fuero, no significa que se esté de acuerdo con el cambio de competencia o esté convalidando dicho cambio y las nulidades que subsisten en todos estos procesos, particularmente por violación al debido proceso. //El que no interponga recurso de reposición contra el numeral 1 de la parte resolutive de la providencia impugnada no es porque convalide y esté de acuerdo con tal determinación: simplemente lo hago sobre la base de que siempre y particularmente desde el auto de 1° de septiembre de 2009 la asunción de competencia la realiza la H. Corte, en estos casos, con una providencia de 'comuníquese y cúmplase', lo que no haría viable el recurso en mención. Por esa razón la impugnación se dirige contra los otros numerales de la parte resolutive, excepto el numeral 1° de la parte resolutive".

[11] El 22 de febrero de 2011, la Corte Suprema dictó auto donde resolvió: (i) no reponer la providencia a través de la cual avocó el conocimiento de la investigación (ii) decretó la prescripción de la acción penal del punible de concierto para delinquir; (iii) impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto coautor del delito de homicidio agravado (art. 356 Ley 600 de 2000); (iv) negó la práctica de algunas pruebas requeridas por la defensa; y (v) declaró cerrada la investigación (art. 393 Ley 600 de 2000). La presente providencia se basó en los siguientes argumentos: "Así entonces, con base en las pruebas que obran en el asunto, es viable colegir el vínculo del señor ARISTIDES ANDRADE con el movimiento al margen de la ley denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC EP; así como los acuerdos que tuvieron, los cuales se orientaban a promocionar esa organización armada, supuesto de hecho previsto bajo la figura de concierto para delinquir agravado.// Así mismo, de su participación en el homicidio de DAVID NÚÑEZ CALA (...) Como son varias las pruebas que involucran al ex Congresista ARISTIDES ANDRADE, se dan en este orden de ideas los requisitos objetivo y subjetivo, para

imponerle medida de aseguramiento, al materializarse las conductas y estar presuntamente comprometida de manera cierta su responsabilidad. Debido a la gravedad de la conducta imputada al sindicado, le será impuesta la medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto coautor de los delitos de concierto para delinquir.” En cuanto al delito de concierto para delinquir consideró importante hacer la siguiente precisión: “No obstante lo dicho y aún teniendo en cuenta que a pesar de la existencia de prueba suficiente para afectar la libertad del sindicado por el delito contra la seguridad pública, ello no es posible en virtud de la pérdida del ius puniendi por parte del Estado”. Hechas las anteriores precisiones consideró que lo procedente era hacer efectiva la medida de aseguramiento, atendiendo a que se daban los presupuestos constitucionales de sus fines. Especialmente teniendo en cuenta que el procesado viene eludiendo su compromiso con la justicia, siendo necesaria la medida de aseguramiento para garantizar su comparecencia al proceso penal que se sigue en su contra. Respecto a las pruebas solicitadas por la defensa, la Sala de Casación Penal consideró que se debía negar las solicitudes probatorias elevadas al contarse con suficientes medios de prueba, advirtiéndole que no era indispensable agotar todas las solicitudes probatorias, sino que era viable cerrar la investigación al contarse con prueba suficiente. En tal sentido, habiéndose recaudado la prueba suficiente para calificar el mérito del sumario, ordenó correr el término de traslado de 8 días para que los sujetos procesales presentaran las solicitudes que estimen necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse.

[12] En primer término hizo un recuento de los distintos elementos materiales probatorios que llevaron a concluir que los testigos que inculparon al señor José Aristides Andrade, eran concordantes en sus declaraciones, por lo que sus dichos se ajustaban a la realidad, descartando cualquier tipo de actuación que pudiera calificarse de ligera. En cuanto a las solicitudes probatorias descartó una por una las peticiones elevadas por la defensa y expuso los motivos por los cuales las consideraba inconducentes o impertinentes. Finalmente, explicó que al ser remitido el expediente a la Corte Suprema de Justicia para definir la competencia, si bien algunas pruebas no habían sido recaudadas, sí la mayoría, no solo las requeridas por la defensa técnica, sino por los demás procesados. Atendiendo tales consideraciones, basándose en la legislación adjetiva que no consagra como fundamento del cierre de la instrucción un número de pruebas o la existencia de un plazo razonable sino que se hubiere recaudado la prueba necesaria, adoptó la decisión recurrida.

[13] El 22 de marzo de 2011, el abogado defensor intentó notificarse personalmente de la anterior decisión, siendo informado por parte de la Secretaría de la Sala de Casación Penal que la misma sería notificada a través de estado que se fijaría el 28 de marzo de 2011. El 31 de marzo de 2011, la defensa solicitó dejar sin valor y efecto la aludida notificación, invocando lo prescrito en el artículo 396 de la Ley 600 de 2000, que exige que la notificación de la resolución de acusación se cumpla de manera personal. En la misma fecha (31 de marzo de 2011) la Sala de Casación Penal resolvió dejar sin valor y efecto la notificación adelantada el 28 de marzo de 2011 y tuvo por notificado personalmente al defensor ese mismo día.

[14] Ley 599 de 2000 artículo 83. Termino de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) (...).// Artículo 86 original. Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

[15] Ley 600 de 2000 artículo 40. Sentencia anticipada. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada.//Efectuada la solicitud, el Fiscal General de la Nación o su delegado, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. Los cargos formulados por el Fiscal General de la Nación o su delegado y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.//Las diligencias se remitirán al juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales. (...) Desde el momento en que se solicite la sentencia anticipada hasta cuando se profiera la providencia que decida sobre la aceptación de los cargos, se suspenden los términos procesales y de prescripción de la acción penal. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas o vestigios del hecho.

[16] “Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden admitirse aceptaciones

parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal a partir de la finalización de la diligencia.”

[17] Sobre el particular indicó que la ruptura de la unidad procesal con ocasión de la solicitud de sentencia anticipada se puede dar en dos oportunidades procesales: (i) a partir de la finalización de la diligencia de aceptación de cargos (inciso 8° del artículo 40); y (ii) cuando se haya proferido la sentencia anticipada (art. 92 ley 600 de 2000). Por lo que el funcionario judicial puede a partir de la finalización de la diligencia de aceptación de cargos, ordenar la ruptura de la unidad procesal o como término máximo para que este fenómeno opere, una vez se dicte la respectiva sentencia anticipada.

En cuanto a la suspensión de términos, señaló que debe entenderse que cubija a todos los procesados, hayan o no expresado su voluntad de acogerse al mecanismo de terminación anticipada, dada la unidad del proceso. Al respecto se señaló: “Esta comunidad procesal sobrevive hasta que opera el quiebre, momento en el cual los términos judiciales volverán a correr, lo mismo que la contabilización del lapso prescriptivo, que a partir de ese momento deja de ser colectivo para convertirse en individual.”

Refirió que la Ley 600 de 2000, a pesar de haber consagrado la figura de la sentencia anticipada no fijó un plazo entre la suspensión de términos procesales y la prescripción de la acción penal, como sí lo hacía la legislación anterior señalando que no podía ser un término superior a 30 días hábiles. No obstante, a pesar del vacío legislativo entendió que la misma se debe dar dentro de un plazo razonable, conforme lo había señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-394 de 1994.

En este particular caso lamenta que la diligencia de aceptación de cargos de Fremio Sánchez Carreño y Mario Jaimes Mejía se haya llevado a cabo hasta el año siguiente de la manifestación de acogerse a la sentencia anticipada, término que a todas luces supera no solo el parámetro que la legislación anterior contemplaba, sino el concepto de razonabilidad al que alude la Corte Constitucional. En esa medida consideró que la suspensión de términos se debió extender exclusivamente por el término de 30 días hábiles, para ello tuvo en cuenta la fecha original de prescripción de la acción penal -5 de abril de 2011- y aumentó el citado lapso, lo que dio como fecha límite de prescripción el 24 de mayo de 2011, cuando ya se había producido la interrupción de la prescripción de la acción penal,

debido a que el 5 de mayo de 2011 había quedado ejecutoriada la resolución de acusación.

En cuanto a lo alegado por la defensa, en relación con la ausencia de vinculación del accionante, toda vez que había sido declarada nula la indagatoria rendida por el señor Andrade y aún así le hicieron extensivos los efectos de la suspensión de términos con ocasión de la aceptación de cargos por parte de otros procesados, advirtió que la ruptura de la unidad procesal exclusivamente se dio cuando la Sala de Casación Penal avocó el conocimiento del asunto, por lo que todas las actuaciones procesales tuvieron efectos para la totalidad de los sujetos procesales que hacían parte de la misma en ese momento. Al respecto indicó: “Es legítimo que [la defensa y el Ministerio Público] funden su petición en consideraciones del tenor expuesto, pero dicha posición no se compadece con las situaciones procesales que se dieron en vigencia de la interpretación del parágrafo 235 de la Constitución Política y que la Fiscalía –en cabeza de la Vicefiscal General de la Nación-, solo se percató hasta la remisión del expediente a la Corte Suprema de Justicia y el pronunciamiento acerca de la competencia. Antes de llevarse a cabo este tránsito judicial, las actuaciones anteriores se entienden adelantadas dentro de la legitimidad y sólo hasta cuando se avizora el yerro es que pierde vigencia la única actuación que se reputa contraria a la Constitución y la ley, como efectivamente así lo dispuso la Sala al momento de avocar el conocimiento.// Entonces, se crea la expectativa de los inculcados ante su manifestación de acogimiento a la terminación anticipada del proceso y para ese concreto instante procesal ya se había llevado a cabo la indagatoria de JOSÉ ARISTIDES ANDRADE, hecho que ocurrió el 21 de octubre de 2009, es decir, para él también operaba el término prescriptivo, única y exclusivamente por el máximo de treinta días hábiles, el que resulta del análisis sistemático de la norma, sus antecedentes y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. Por último, accedió a algunas solicitudes probatorias elevadas por la Procuradora Delegada, la Parte Civil y el abogado defensor del señor José Aristides Andrade.

[18] De acuerdo con la información obtenida en la Secretaría de la Sala de Casación Penal, la última fecha fijada para la mencionada diligencia son los días 17, 18, 25, 27 y 31 de marzo, 1 y 2 de abril de 2014.

[19] Artículo 40. Sentencia anticipada. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes

de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada. (...) Desde el momento en que se solicite la sentencia anticipada hasta cuando se profiera la providencia que decida sobre la aceptación de los cargos, se suspenden los términos procesales y de prescripción de la acción penal.

[20] “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. (...) PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

[21] Debe recordarse que en la citada providencia se señaló: “Cuando se presente una situación (...) en la cual la Corte Suprema de Justicia no admita a trámite una acción de tutela contra una de sus providencias, el tutelante tendrá la opción de: (i) acudir a la regla fijada en el Auto 04 del 3 de febrero de 2004, es decir, presentar la acción de tutela ante cualquier juez (unipersonal o colegiado) o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia; o (ii) solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela”.

[23] Se destaca que en el expediente obra un escrito firmado por el señor José Aristides Andrade, junto con una huella digital.

[24] Anexa copia del fallo de primera instancia, el cual consta de 507 folios. El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Bucaramanga, en providencia del 16 de noviembre de 2012, resolvió condenar a Orlando Noguera Mantilla alias “Renzo” ya a David Rabelo Crespo a la pena principal de 18 años y 4 meses de prisión, como coautores responsables de la conducta punible de homicidio agravado en perjuicio del señor David Núñez Cala. Para tal fin procedió a analizar las pruebas de cargo y de descargo encontrando que estas personas tuvieron directa incidencia en los hechos acaecidos el 5 de

abril de 1991.

Dentro de sus apreciaciones encontró que el homicidio tenía un fin claro y específico, el cual era impedir que David Núñez Cala alcanzara el primer cargo de elección popular del municipio de Barrancabermeja, por no ajustarse a su línea de pensamiento político. Se señaló: “En conclusión, se tiene que la conducta imputada a los procesados David Rabelo Crespo y Orlando Noguera Mantilla, alias ‘Renzo’, se adecua a lo prescrito en nuestro ordenamiento penal como un delito que atenta contra la vida e integridad personal del ingeniero y precandidato a la alcaldía de Barrancabermeja, David Núñez Cala, a quien una pluralidad de sujetos por motivos diversos y fines disímiles le cegaron la vida, a cambio de una colaboración remuneratoria para un Grupo Miliciano ilegal que operaba en Barrancabermeja, y teniendo como fin primordial, quitarlo del medio, es decir, impedir que accediera a la alcaldía de esa localidad; razón por la cual la conducta desplegada por los enjuiciados Rabelo Crespo y Noguera Mantilla, encuentran adecuación típica en los artículos 323 y 324 numeral 4° del Decreto-Ley 100 de 1980 (...)”.

[25] Cft. Sentencias T-146 de 2010, T-301 de 2009, SU-195 de 2012, SU-198 de 2013, entre otras.

[26] T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

[27] Sentencia T-405 de 1996.

[28] Indicó: “En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fue negada reiteradamente la propuesta que buscaba circunscribir la expresión “autoridades públicas”, que aparece en el texto del artículo 86 de la Constitución, de manera que sólo cobijara a las “autoridades administrativas”. En el proyecto de articulado presentado por la Comisión I a la Plenaria no se acogió la pretendida limitación del alcance del derecho de amparo o de la acción de tutela a las autoridades administrativas (Proyecto No. 67, artículo 62 Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo, Carlos Rodado Noriega, Hernando Yepes Alzate y Mariano Ospina Hernández. Gaceta Constitucional No. 23) y, por el contrario, adoptó la fórmula amplia de incluir como sujeto pasivo de dicha acción a cualquier autoridad pública. Igualmente, en el curso del segundo debate en Plenaria, se presentó una propuesta sustitutiva en el sentido de restringir a las acciones u omisiones de las autoridades administrativas la interposición de la acción de tutela cuando éstas vulneren o amenacen

vulnerar los derechos fundamentales, la cual fue nuevamente derrotada al aprobarse definitivamente el actual artículo 86 de la Constitución Política. (Propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.18”).

[29] Señaló: “... si bien es cierto que algunos delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente consideraban que la tutela no debía proceder contra sentencias judiciales, también lo es que la gran mayoría participó de la idea de consagrar una acción que -como el amparo en España o el recurso de constitucionalidad en Alemania- pudiera proceder contra las decisiones judiciales. En este sentido es importante recordar que la propuesta presentada por un conjunto de delegatarios destinada a restringir en el sentido que se estudia el ámbito de protección de la acción de tutela, resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita”. Cft. Sentencia T-117 de 2007.

[30] Dentro de las sentencias más relevantes pueden citarse: T-043 de 1993, T-079 de 1993, T-158 de 1993, T-173 de 1993, T-055 de 1994, T-175 de 1994, T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-572 de 1994, SU.327 de 1995, SU.637 de 1996, T-056 de 1997, T-201 de 1997, T-432 de 1997, SU.477 de 1997, T-019 de 1998, T-567 de 1998, T-654 de 1998, SU.047 de 1999, T-171 de 2000, T-1009 de 2000, SU.014 de 2001, T-522 de 2001, SU.1185 de 2001, T-1223 de 2001, SU.1300 de 2001, T-1306 de 2001, T-1334 de 2001, T-020 de 2002, T-080 de 2002, SU.159 de 2002, T-1057 de 2002, T-1123 de 2002, T-012 de 2003, SU.120 de 2003, SU.1159 de 2003, T-1232 de 2003, T-027 de 2004, T-205 de 2004, T-778 de 2004, T-1189 de 2004, T-039 de 2005, T-328 de 2005, T-465 de 2005, T-516 de 2005, T-902 de 2005, T-170 de 2006, T-1072 de 2006, SU.891 de 2007, T-1020 de 2007, T-276 de 2008, T-302 de 2008, T-402 de 1998, T-436 de 2008, T-489 de 2008, T-789 de 2008, T-906 de 2009, T-934 de 2009, T-947 de 2009, T-901 de 2010, SU.917 de 2010, T-957 de 2010, T-266 de 2011, T-429 de 2011 y SU.447 de 2011.

[31] El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde

definir a otras jurisdicciones.

[32] Es un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

[33] Permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, terminaría por sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

[34] Esta exigencia es comprensible en la medida que, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

[35] Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

[36] Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

[37] Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión..

[38] El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido.

[39] Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

[40] También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público.

[41] En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático.

[42] Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

[43] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

[44] Así lo sostuvo este tribunal en la sentencia SU-917 de 2010, al señalar: “Teniendo en cuenta el rol protagónico que cumplen la Corte Suprema y el Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos, tanto la regulación normativa como la jurisprudencia se han ocupado de fijar mayores restricciones, pues ellos son los primeros llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivos ámbitos. [...] De otro lado, es preciso tener en cuenta que la acción de tutela en estos eventos no se explica porque el juez constitucional nunca se equivoque y los tribunales supremos de la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa sí lo hagan, pues es claro que la infalibilidad no es propiamente una virtud humana. De hecho, una prueba de que la Corte Constitucional también yerra en sus decisiones es que algunas de sus sentencias han sido anuladas por la propia Corte, cuando por ejemplo advierte graves y trascendentales violaciones al debido proceso o cuando alguna de las salas de revisión ha desconocido la jurisprudencia de la Corte. Una de las principales razones que justifican la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales; y ésta es la principal misión de la Corte Constitucional en

sede de revisión de los fallos de tutela (art. 86 y 241-9 CP). [...] Con ello, además, se ofrece a los ciudadanos cuotas mínimas de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que razonablemente pueden anticipar cuál será la respuesta jurídica a sus actos o ante la defraudación de las conductas que el ordenamiento censura. Por lo mismo, la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión. [...] En síntesis, la acción de tutela contra sentencias judiciales constituye un mecanismo para asegurar la primacía de los derechos fundamentales y la unidad de interpretación en torno a su alcance y límites; no obstante, con miras a evitar utilizaciones indebidas, su ejercicio es verdaderamente excepcional y siempre condicionado a profundas restricciones formales y materiales, particularmente cuando se ejerce contra providencias de altas corporaciones judiciales.”

[45] “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

[46] “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[48] Sentencia T-086 de 2007.

[49] En la sentencia T-211 de 2009, la Sala precisó: “(...) el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que

los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.”

[50] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-083 de 2007, T-1103 y 076 de 2003, T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992, entre otras.

[51] Ver sentencias T-211 de 2009 y T-649 de 2011

[52] Ver sentencia T-003 de 2014.

[53] Correspondió a la Sala Séptima de Revisión estudiar un caso en el cual el DAS en diligencia de allanamiento ingresó a un inmueble en el cual encontró 1.025 kilos de cocaína. Dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía se vinculó en calidad de sindicado al entonces accionante, entre otras razones, por ser arrendatario del inmueble allanado.

[54] Ver, entre otras, sentencia T-874 de 2000.

[55] Cfr. Sentencias SU-544 de 2001, T-803 de 2002, T-227 de 2010 y T-742 de 2011.

[56] Sentencia T-417 de 2010.

[57] T-575 de 1997. Posición que ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Corporación. Ver por ejemplo sentencias T-618 de 1999, T-1221 de 2001, T-951 de 2004, T-203 de 2006, T-634 de 2006, T-083 de 2007, T-046 de 2009, T-687 de 2010, T-235 de 2012, entre otras.

[58] Sentencia T-417 de 2010.

[59] *Ibíd.*

[60] La Corte examinó la constitucionalidad del artículo 205, parcial, de la Ley 600 de 2000.

[61] Se transcribe apartes de la sentencia C-142 de 1993.

[62] Sentencia C-680 de 1996. Fundamento 4.2

[63] “En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado”.

[64] Ver sentencia T-442 de 2007.

[65] El Exsenador Perea Arias fue elegido para el período 1998-2002. Durante ese periodo actuó como narrador y comentarista deportivo para varias empresas de radio y televisión, en calidad de invitado. A partir de lo anterior se presentó en su contra solicitud de pérdida de la investidura al de desempeñar cargo o empleo público o privado. La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de la investidura.

[66] Artículo 6 Decreto 2591 de 1991. Así mismo, este punto es una constante en la jurisprudencia de la Corte. Ver, entre muchas, la sentencia T-190 de 1999.

[67] La Corte abordó un caso donde los accionantes en calidad de servidores públicos, fueron condenados por el delito de peculado culposo, quienes interpusieron contra la mencionada sentencia recurso de apelación como apelantes únicos. El juez de segunda instancia adicionó el fallo, imponiéndoles el pago de perjuicios materiales, con lo que se terminó por desconocer la prohibición de la reformatio in pejus.

[69] En esta oportunidad el accionante buscaba la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre, al estimar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto fáctico y sustantivo al proferir una sentencia condenatoria en su contra como autor penalmente responsable del delito de falsa denuncia contra persona determinada. Al respecto informó que pese a que la acción penal contra él adelantada estaba prescrita, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió en su contra sentencia condenatoria.

[70] En esta ocasión la Corte abordó un caso donde el actor consideraba vulnerado su derecho fundamental al debido proceso dentro del trámite penal adelantado en su contra en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se le dictó sentencia condenatoria por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado. Los argumentos expuestos por la parte accionante se sintetizaron así: (i) la Corte Suprema de Justicia, carecía de competencia para adelantar el proceso penal a que esta acción de tutela se refiere, por tratarse de hechos ocurridos cuando el actor no tenía la investidura de congresista; (ii) la Corte Suprema de Justicia al proferir la sentencia condenatoria lo hizo sin competencia por cuanto la acción penal se encontraba prescrita; y (iii) deficiencias en la apreciación probatoria que llevaron a que se le condenara por el supuesto delito de peculado por apropiación.

[71] El texto citado se encuentra inicialmente en la sentencia SU-111 de 1997. En esa sentencia, se estudió una acción de tutela interpuesta en contra de un acto administrativo por medio del cual se le suspendía los servicios de salud a una persona que había sido retirada del servicio, pese a que existía una sentencia de tutela anterior que ordenaba la prestación del servicio. La Corte consideró que la acción de tutela era improcedente porque la accionante no ejerció las acciones ordinarias en contra del acto administrativo. Estos mismos argumentos se han reiterado, entre otras, en las sentencias T-1588 de 2000, T-983 de 2001, T-1217 de 2003, T-1140 de 2005, T-1009 de 2006, T-373 de 2007, T-472 de

2008, T-175 de 2011 y T-882 de 2009.

[72] Respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-1222 de 2001 señaló: “(...) el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir”.

[73] Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 1992.

[74] La amenaza está por suceder prontamente. Deben existir evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.

[75] Se debe buscar una medida de pronta ejecución. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud.

[76] Equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas.

[77] Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos.

[78] Cfr. Sentencia T-827 de 2005.

[79] La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre la presunción de inocencia. Así, en sentencia C-416 de 2002 dijo: “Cuando el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, dispone que ‘Toda persona se presume inocente mientras no se la

haya declarado judicialmente culpable', se establece un postulado que no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance". Esta posición fue reiterada en posterior pronunciamiento, donde la Corte Constitucional especificó que es al Estado a quien le corresponde desvirtuarla. Al respecto se expuso: "La Corte Constitucional ha puesto énfasis en que la presunción de derecho asume en el ordenamiento jurídico colombiano el rango de derecho fundamental. En este sentido, quien se haya vinculado a una investigación no está obligado a ofrecer pruebas a fin de demostrar su inocencia. Son las autoridades judiciales competentes quienes deberán probar la culpabilidad del acusado".

[80] Sobre el particular la Sala de Casación Penal ha indicado: "Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados" (Corte Suprema de Justicia, sentencia Núm. 29259 del 2 de Septiembre de 2008).

[81] Artículo 306. Causales de nulidad. Son causales de nulidad: 1. La falta de competencia del funcionario judicial.

[82] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Auto 02 de diciembre de 2008. Radicado 30358.

[83] Cfr. Sentencia T-757 de 2012.

[84] Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011 y T-010, T-761 y 917 de 2012; T-444, T-489 y T-620 de 2013 y SU-074 de 2014.

[85] C-590 de 2005.