

Sentencia T-669/96

NORMA VIGENTE-Igual contenido de disposición inexecutable/NORMA INEXECUIBLE-Prohibición reproducción del contenido material/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Igual contenido de disposición inexecutable/NORMA VIGENTE-Aplicación por contenido diferente de inexecutable

Cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo “el contenido material del acto declarado inexecutable”. En tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expesos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta.

VIA DE HECHO-Ausencia de abogado en indagatoria

Existiendo la decisión de inexecutable de la Corte en relación con la ausencia de defensa técnica en la justicia militar, los fiscales hubieran debido aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por la evidente contradicción entre el texto legal y la norma constitucional. Lo procedente era entonces adelantar la indagatoria con la presencia del correspondiente defensor técnico, pues la Constitución es norma de normas, y en caso de conflicto entre la Constitución y la ley, deben aplicarse de preferencia las disposiciones

constitucionales. La única forma de seguir aplicando el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal sin incurrir en vía de hecho era que el funcionario judicial hubiese justificado, de manera suficiente, que existía una diferencia tan profunda entre las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, o que las circunstancias del caso eran tan excepcionales, que la ratio decidendi de la sentencia C-592/93 no obligaba en la justicia ordinaria en ese caso específico.

#### DERECHO DE DEFENSA TECNICA-Transición constitucional

No todas las indagatorias efectuadas sin abogado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 configuran automáticamente vías de hecho susceptibles de ser atacadas por medio de la tutela. Las indagatorias practicadas antes de la Sentencia C-592/93 pueden en muchos casos llegar a no configurar vías de hecho, ya que en ese momento la presunción de constitucionalidad de las normas legales era más admisible, no sólo porque no había todavía ningún pronunciamiento del juez constitucional sobre el tema sino también por el señalado peso de la tradición preconstituyente. Para que se configure la vía de hecho en diligencias practicadas antes de esa fecha, debe mostrarse que no había un fundamento para que el funcionario no hubiera otorgado un abogado al imputado en las correspondientes diligencias, y que tal práctica tuvo un evidente impacto sobre el derecho de defensa de la persona. En las diligencias ocurridas con posterioridad a la sentencia C-529/93, la Corte considera que la situación es diferente, pues el fallo de inexecutablez implica una inversión de la carga de la argumentación sobre la materia.

#### ARMONIZACION CONCRETA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Prevalencia derechos de las personas/PRIMACIA DE LOS DERECHOS INALIENABLES/DERECHOS CONSTITUCIONALES-Limitación al principio de mayoría

En caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la

primacía de los derechos inalienables de la persona. Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos.

#### FICCION JURIDICA-Naturaleza

Las ficciones jurídicas no buscan inducir en el error al operador jurídico, ya que de manera expresa el funcionario judicial indica que está asumiendo como cierto un hecho que es contrario a la realidad jurídica. No hay pues voluntad de engaño sino que el funcionario judicial se encuentra obligado a modificar de manera explícita su razonamiento para evitar las consecuencias injustas que derivarían de la aplicación formal de una regla jurídica. Estos procedimientos, totalmente excepcionales, son entonces a veces necesarios, no con el objeto de que el juez eluda la aplicación de la norma sino precisamente para evitar que una aplicación ciega de la misma conduzca a resultados prácticos inaceptables desde el punto de vista de los principios y valores del ordenamiento jurídico y de la propia norma. En ese sentido, las ficciones son a veces indispensables para lograr hacer justicia conforme al derecho, pues son, en ocasiones y de manera excepcional, la única forma de adaptar la regla abstracta a la realidad social. Paradójicamente, muchas veces sólo por medio de la ficción judicial puede el juez hacer más real y vivo el derecho.

#### FICCION JURIDICA EN DEFENSA TECNICA

La ficción de que los jueces deben razonar como si la nueva indagatoria se hubiese practicado en el momento procesal oportuno es legítima y necesaria, pues constituye la única forma de armonizar la estructura formal del procedimiento penal con las exigencias materiales derivadas de los principios constitucionales en conflicto. Las anteriores razones explican por qué, incluso si fuera procedente la tutela, no es razonable que la Corte ordene retrotraer el proceso penal a la indagatoria en donde se afectó el derecho a la defensa técnica.

#### MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ-Ausencia de abogado en indagatoria

No procede la tutela por vulneración del derecho de defensa técnica, por cuanto el petente tenía a su disposición otros mecanismos judiciales de defensa en el propio proceso penal. La tutela es entonces improcedente en virtud de su naturaleza subsidiaria y residual. Al existir otros mecanismos de defensa para solicitar ante los jueces la protección eficaz del derecho a la defensa, la acción resulta improcedente y obliga a ejercitar los demás instrumentos procesales que le ofrece el ordenamiento jurídico, como serían entre otros, la posibilidad de formular nulidades durante el proceso, e, igualmente, la de utilizar el recurso extraordinario de casación

DEBIDO PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS-Notificación personal de condenados

No se puede pasar por alto las dilaciones injustificadas alrededor de la notificación personal a los condenados de la sentencia proferida, mucho menos la falta de diligencia de las autoridades obligadas a cumplir con la notificación sobre la situación jurídica de una persona privada de su libertad y respecto de las actuaciones surgidas dentro del proceso cursado en su contra, así como desconocer el incumplimiento del deber de informar oportunamente acerca de la realización de la comisión para la notificación a la autoridad comisionante, de manera que el proceso pueda seguir su cause normal sin interrupciones ocasionadas por la demora o descuido de los funcionarios.

Referencia: Expediente T-101.419

Peticionario: José de Jesús Zapata Cardona

Procedencia: Tribunal Superior de Medellín – Sala Penal

Temas:

Debido Proceso, ausencia de defensa técnica en indagatoria y vía de hecho judicial.

Transición constitucional y armonización concreta de principios constitucionales en conflicto.

Prevalencia del interés general y primacía de los derechos de la persona.

Tutela y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

En desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-101419

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete (7) de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la tutela T-101419, la cual corresponde a los los fallos proferidos en primera instancia por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, el 26 de abril de 1996 y en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el 5 de junio de 1996, por acción instaurada por José de Jesús Zapata Cardona contra de los Jueces Regionales de Orden Público. El expediente llegó al conocimiento de la Corte Constitucional por remisión

que hiciera la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El diez y ocho (18) de octubre el presente expediente se puso a disposición de la Sala Plena para estudio de un posible cambio de jurisprudencia y se suspendieron términos. En salas del catorce (14) y veintiuno (21) de noviembre, la Sala Plena de esta Coporación discutió el asunto en comento y decidió devolver el presente expediente a la correspondiente Sala de Revisión, por cuanto consideró que no se estaba frente a un cambio de jurisprudencia.

## II- LA SOLICITUD

El señor JOSE DE JESUS ZAPATA CARDONA instauró acción de tutela en contra de los Jueces Regionales de Orden Público, con el propósito de obtener la protección de su derecho fundamental a la defensa, el cual consideró vulnerado con la sentencia condenatoria que le fue impuesta por el delito de secuestro extorsivo agravado. De conformidad con lo manifestado por el accionante en su petición y lo que consta en el expediente del proceso, la solicitud se fundamentó en los siguientes hechos:

1. El ciudadano JOSE DE JESUS ZAPATA CARDONA y otro fueron sindicados en un proceso penal por el delito de secuestro extorsivo agravado, adelantado por un Juzgado Regional de Orden Público de Medellín (Proceso No. 2042-13369), el cual culminó con sentencia condenatoria (3 de mayo de 1995), confiriéndoles una pena privativa de la libertad de treinta y tres (33) años de prisión y otras penas accesorias. Posteriormente, esta decisión fue confirmada, con algunas adiciones, por el Tribunal Nacional (11 de septiembre de 1995) en virtud del recurso de apelación interpuesto en contra de ese fallo de primera instancia.

Se anota que el día 31 de diciembre de 1993, dentro del mencionado proceso, el señor Zapata Cardona rindió indagatoria ante la Unidad de Fiscalía Primera Permanente.

2. Mediante un breve escrito el señor Zapata Cardona formuló acción de tutela (9 de abril de 1996) en contra de los Jueces Regionales, del cual se concluye que: 1.) en el proceso penal que se adelantó en su contra, rindió indagatoria sin la asistencia de un “defensor profesional del derecho”; 2.) existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el cual se declaró inexecutable el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, referente a la designación de cualquier ciudadano honorable como defensor durante la diligencia de indagatoria y; 3.) por lo tanto, se encuentra detenido arbitrariamente en la cárcel de

Bellavista, de la ciudad de Medellín, Antioquia, en virtud de la decisión condenatoria de los jueces regionales tomada con base en esa diligencia de indagatoria.

3. El Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, en su calidad de juez de tutela de primera instancia, avocó el conocimiento de la tutela instaurada por el señor Zapata Cardona, solicitando a los Jueces Regionales de Orden Público de Medellín, por conducto de la entidad coordinadora de los mismos, remitieran cierta información necesaria sobre el proceso penal para analizar y resolver el asunto, mediante auto de fecha 16 de abril de 1996. Luego de varios requerimientos y frente a la imposibilidad de obtener las respuestas, el Juzgado ordenó la práctica de una inspección judicial al expediente del proceso penal mencionado y cursado en contra del petente Zapata Cardona.

En esa diligencia se constató, entre otras situaciones, que: 1.) el promotor de la acción de tutela aparece como uno de los acusados en el proceso 2.) el sindicado no disponía de abogado para asistir a la diligencia de indagatoria, por lo cual el Juzgado le designó a una ciudadana como defensora, lo cual se dedujo de la no consignación del número de la tarjeta profesional; 3.) en enero de 1994 se resuelve la situación jurídica del sindicado ordenando su detención preventiva sin beneficio de excarcelación; en abril del mismo año se acepta y posesiona su defensor; posteriormente se dicta en su contra resolución de acusación por el delito de secuestro extorsivo agravado y; el 3 de mayo de 1995 se profiere sentencia condenatoria y; 4.) el 5 de junio de 1995 se apela del fallo de primera instancia, recurso que se concede y pasa para estudio al Tribunal Nacional.

4. El día 26 de abril de 1996, el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín profirió sentencia denegando la tutela solicitada y compulsando copias a la Procuraduría Departamental de Antioquia para que se investigara la omisión de colaboración por el Coordinador y la Secretaría de los Juzgados Regionales de Orden Público de Medellín. Ese mismo día fue notificado del fallo el accionante, quien apeló directamente del mismo (29 de abril de 1996), insistiendo en la violación a su derecho de defensa por no haber contado con un profesional del derecho en la diligencia de indagatoria, dado que opinaba que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal debía cobijarlo. Por ello también consideró el petente que la indagatoria debía reputarse inexistente, y por ende solicitó la nulidad del proceso y que se decretara su libertad por encontrarse arbitrariamente detenido. El recurso fue concedido (6 de mayo de 1996) y

correspondió resolver a la Sala Penal del Tribunal Superior, de esa misma ciudad.

5. El Tribunal Superior de Medellín-Sala Penal, el día 23 de mayo solicitó al Tribunal Nacional que informara sobre el estado actual del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado Regional de Orden Público de Medellín, precisara si en los motivos de la impugnación se había alegado la violación del derecho a la defensa del señor Zapata Cardona y si se había solicitado la respectiva nulidad y, como consecuencia de ésta, decretado su libertad.

El 23 de mayo de 1996, el Tribunal Nacional respondió que, en sentencia del día 11 de septiembre de 1995, confirmó el fallo condenatorio del señor Zapata Cardona proferido por el Juzgado Regional de Orden Público de Medellín, adicionándolo con órdenes relacionadas con el embargo de un vehículo automotor vinculado al proceso, la compulsación de copias para investigar un presunto falso testimonio y concretando la condena in solidum por los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible. Además, expresó que la vulneración del derecho a la defensa del señor Zapata Cardona no se utilizó como argumento en la apelación, ni tampoco en el memorial suscrito por él mismo (26 de octubre de 1995) y dirigido al Tribunal Nacional. En ese escrito el condenado y accionante Zapata Cardona da a conocer que ha sido notificado del retiro de su apoderado del proceso y solicita al Tribunal Nacional se le nombre un defensor por intermedio de la “Defensoría Pública”.

Por último, informó que a la fecha (23 de mayo de 1996) permanecían a la espera del acto de notificación personal, a los condenados por el delito de secuestro extorsivo agravado, de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Nacional de fecha 11 de septiembre de 1995, notificación que se cumpliría mediante comisión a la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín “Bellavista” (Despacho Comisorio No. 798 del 25 de septiembre de 1995)

6. La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el día 5 de junio de 1996, dictó sentencia revocando la providencia del juez de tutela de primera instancia, tutelando el derecho constitucional al debido proceso sin dilaciones injustificadas del demandante Zapata Cardona y ordenando una serie de actuaciones al Tribunal Nacional y a la Defensoría del Pueblo, para efectos de garantizar la efectividad de su fallo.

7. Mediante comunicación del 6 de junio de 1996, dirigida por la Secretaría del Tribunal

Nacional a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín -posterior al fallo de tutela de ésta última-, se precisa que, aun cuando en cumplimiento de su deber reiteró en dos oportunidades a la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín “Bellavista” ( 4 de diciembre de 1995 y 21 de marzo de 1996) para que efectuara la notificación personal a los condenados de la sentencia del Tribunal Nacional del 11 de septiembre de 1995, no se obtuvo ninguna respuesta al respecto, pero que, posteriormente, aparecen registradas en el proceso las constancias de la realización de la misma llevadas a cabo por el asesor jurídico de esa cárcel, con fecha del 12 de octubre de 1995 y del 11 de abril de 1996, firmadas por los condenados.

En la misma comunicación se deja en claro que, en el acto de notificación de la citada sentencia, los señores Arroyave García y Zapata Cardona manifestaron su decisión de impugnar la sentencia, acción que finalmente se llevó a término por el apoderado del señor Arroyave García quien interpuso el recurso extraordinario de casación; y que para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el Tribunal Nacional libró oficio a la Defensoría del Pueblo para que se designara defensor al señor Zapata Cardona en el término de 48 horas, lo cual se realizó cumplidamente.

### III. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

#### 3.1. Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín

El Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del día 26 de abril de 1996, resolvió denegar la tutela “...del Derecho Fundamental a la Defensa, y de cualquiera otro derecho de tal categoría...”, por existir otros medios de defensa judiciales para su protección y por no detectarse ningún perjuicio irremediable que la justificara.

El juzgado señaló que el accionante podía amparar su derecho mediante la instauración de la “acción de nulidad”, durante el desarrollo del proceso o por la vía del recurso extraordinario de casación (C.P.P., arts. 306 y 303 ordinal 3o.) Además, sostuvo que la nulidad también pudo haber sido decretada de oficio por el Tribunal Nacional, que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia penal de primera instancia del Juzgado Regional de Orden Público, al igual que por la Corte Suprema de Justicia, en caso que se presentara y admitiera el recurso extraordinario de casación; por lo tanto, intervenir en esa decisión configuraría, en su concepto, una invasión indebida a la órbita funcional de otro órgano

judicial.

Por último, manifestó que, aun en el evento de que el proponente no hubiese podido invocar la acción de nulidad, por existir sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra y "...pertener al ámbito de la cosa juzgada...", no sería conducente tramitar la acción de tutela para remediar la inactividad dentro del proceso, derivada en la no utilización de los medios procesales legales reconocidos a su favor por el ordenamiento jurídico, como tampoco incoarla de manera transitoria por la falta de un perjuicio irremediable que la justifique.

### 3.2. Tribunal Superior de Medellín -Sala Penal

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín dictó sentencia, el día 5 de junio de 1996, revocando la providencia materia de apelación y tutelando el derecho constitucional al debido proceso sin dilaciones injustificadas.

En su concepto, la acción de tutela resultó improcedente porque iba dirigida contra las sentencias penales de primera y segunda instancia de los jueces de orden público que conocieron del proceso penal contra el actor (Juez Regional de Orden Público de Medellín y Tribunal Nacional) con fundamento en una irregularidad procesal que no ocurrió, por lo que no se configuró una vía de hecho, pues la indagatoria se realizó el 31 de diciembre de 1993 bajo la vigencia del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, norma que autorizaba efectuarla con un ciudadano honorable, cuando no hubiere abogado inscrito que asistiera al procesado.

Adicionalmente, aclaró que el amparo tampoco sería factible como mecanismo transitorio, en cuanto se contaba con otro medio de defensa judicial ordinario -el recurso extraordinario de casación- contra la sentencia del Tribunal Nacional que permitía proteger los derechos fundamentales del sindicado al debido proceso, si es que estos habían sido vulnerados. Sin embargo, la Sala Penal observó "...que ese otro medio de defensa judicial no es eficaz si no se garantiza el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas."; para expresar esto se basó en la demora, de casi nueve meses, para notificar al sindicado del fallo penal proferido por el Tribunal Nacional (puesto que a la fecha de su sentencia no le habían comunicado de la práctica oportuna de la notificación como ya se vió) y en la no asistencia de un abogado titulado al condenado para continuar con la defensa, a pesar de la solicitud

manifestada ante ese Tribunal por el señor Zapata Cardona.

Si bien, para la Sala Penal era claro que ese no había sido el objetivo de la acción de tutela, opinó que la garantía de los actos procesales que seguían a la sentencia formaban parte del debido proceso invocado por el accionante y ligados a la eficacia del mismo y del otro medio de defensa judicial disponible; dado que de nada sirve contar con otro instrumento judicial "...si la eficacia de ese otro medio se ve entorpecida o comprometida por hechos que amenazan o lesionan el debido proceso."

De otra parte, puntualizó que aunque la tutela no había sido dirigida contra el Tribunal Nacional éste tenía la calidad de superior funcional del Juez Regional lo que permitía entenderla instaurada contra ambos, extendiendo sus efectos a éste.

Por lo tanto, la Sala Penal, en el entendido de que la actividad del juez de tutela no se limita a lo solicitado en el libelo sino también a proteger todos aquellos derechos fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados, distintos de los mencionados por el peticionario -para lo cual se apoyó en las sentencias de la Corte Constitucional No. T-493/92 y T-322/94-, decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso al actor José de Jesús Zapata Cardona, así como ordenar al Tribunal Nacional de Orden Público subsanar la omisión de notificación de la sentencia penal condenatoria de segunda instancia a los sindicatos y a la Defensoría del Pueblo para que le fuera designado un defensor público que lo asistiera en el recurso extraordinario de casación<sup>1</sup>.

#### IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Competencia y aclaración procesal previa.

1- La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar las sentencias proferidas por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, el 26 de abril de 1996, y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el 5 de junio de 1996, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos del 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2- La presente acción de tutela estuvo dirigida en contra de los Jueces Regionales de Orden Público, con ocasión del fallo que resolvió la primera instancia en el proceso penal

adelantado al peticionario Zapata Cardona. Sin embargo, y en concordancia con el artículo 13 del decreto 2591 de 1991 y con la aclaración formulada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, esta Corte considera que la presente acción debe entenderse también dirigida contra el fallo proferido por el Tribunal Nacional, ya que este Tribunal, con anterioridad a la presentación de la acción de tutela, conoció y resolvió la impugnación presentada en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia, confirmándola con algunas adiciones, en su condición de superior jerárquico y configurando, de este modo, la doble instancia dentro de la misma jurisdicción, entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

El asunto bajo revisión: Tensión entre principios constitucionales.

3- El petente solicita, por medio de la tutela, que sea anulado el proceso penal en el cual fue condenado por el delito de secuestro ya que, según su criterio, se le violó el debido proceso, y en particular el derecho a una defensa técnica, pues no fue asistido por un abogado durante la indagatoria, contrariando lo que ha dispuesto la Corte Constitucional al respecto. Por ende considera que el juez de tutela debe ordenar su libertad ya que, según su parecer, se encuentra arbitrariamente detenido. Por su parte, los jueces de tutela no conceden el amparo solicitado pues la indagatoria se realizó el 31 de diciembre de 1993, fecha en que se encontraba vigente el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, el cual autorizaba que, en ciertas condiciones, el sindicado fuera asistido en la indagatoria por un ciudadano honorable. Esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia C-049/96 pero, según los jueces de instancia, por razones de seguridad jurídica las decisiones de inexecutable sólo tienen efectos hacia el futuro, por lo cual debe entenderse que la indagatoria fue regularmente practicada, o cuando menos debe concluirse que no hubo una vía de hecho amparable por medio de la tutela. Además, plantean las decisiones de tutela, en todo caso el petente pudo utilizar para invocar la nulidad de lo actuado los recursos propios del proceso penal, por lo cual debe entenderse que existen otros medios judiciales de defensa.

4- El presente caso plantea entonces una difícil tensión entre principios constitucionales encontrados. Así, es cierto que, como lo sostiene el actor, la indagatoria fue practicada sin abogado y la Corte, en diversas sentencias, ha sostenido que el derecho a la defensa técnica supone que el imputado sea asistido por un abogado en todas las fases del proceso<sup>2</sup>. Ha

dicho al respecto esta Corporación:

La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persiguen las garantías previstas en el art. 29 de la C.P., que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho 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, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho que este habilitada para afrontar con una adecuada solvencia jurídica las vicisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la actuación del defensor no sólo debe ser diligente, sino eficaz, lo cual sólo puede garantizarse o ser el resultado de su propia formación profesional, pues de esta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituido en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia.<sup>3</sup>

Sin embargo, es igualmente cierto que en el momento de practicarse la indagatoria se encontraba vigente la norma del estatuto penal que autorizaba ese tipo de prácticas procesales, por lo cual los fiscales actuaron con un cierto sustento normativo, al menos aparente, no sólo porque el artículo correspondiente sólo fue retirado del ordenamiento en febrero de 1996 sino, además, porque era una práctica que encontraba apoyo en una tradición preconstituyente. En efecto, antes de la Constitución de 1991, el ordenamiento autorizaba las indagatorias sin abogado, pues normas procesales precedentes, como el artículo 244 del Decreto 409 de 1971 o los artículos 132 y 139 del Decreto 050 de 1987, permitían esa posibilidad, la cual había sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema de Justicia había señalado al respecto:

Ha querido la ley consagrar como garantía de tipo individual, una defensa técnica que proteja al acusado frente al poder del estado y por eso le permite que elija al abogado defensor que quiera para que lo asista en el proceso y de no designarlo se le proveerá de uno de oficio a

fin de que el inculpado no sea sometido a procedimientos arbitrarios que entorpezcan la defensa o dificulten el esclarecimiento imparcial y objetivo de los hechos.

Y esta defensa técnica es esencial e indispensable en la segunda fase del proceso -en el juicio- donde la iniciativa se le asigna al acusado, quien debe desarrollar una actividad encaminada a defenderse en el término probatorio y en el debate de la audiencia pública, de los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación.

De ahí que en esta etapa del juicio sea indispensable la presencia del abogado defensor para que oriente y facilite los descargos del acusado y a su nombre ejerza la debida defensa participando en la práctica de pruebas e interviniendo en su favor en el acto trascendental de la audiencia pública.

No sucede lo mismo en el sumario donde prima la actividad del instructor en la búsqueda de la verdad y donde el juez debe investigar en igual celo los hechos así como las circunstancias que acrediten la responsabilidad del acusado, como también las que eximan de ella, la extingan o atenten. De ahí que en esta etapa del sumario, la insuficiencia en la defensa no invalida la actuación, siempre que no se quebranten en forma cierta y concreta los derechos del acusado (subrayas no originales)<sup>4</sup>.

Hay pues una evidente tensión entre el derecho al debido proceso (CP art. 29), alegado con acierto por el actor, y la protección del interés general, la seguridad jurídica y la eficiencia de la administración de justicia (CP arts 1,2, 209 y 228), con base en los cuales sustentan en parte sus decisiones negativas los jueces de tutela, principios que tienen también raigambre constitucional. En efecto, no puede olvidarse que la persecución y castigo de los hechos criminales son elementos esenciales de la protección de la paz social (CP art. 20), la seguridad de las personas y la convivencia pacífica entre los colombianos (CP art. 2º), bienes que encuentran expresa consagración en la Carta.

Además, esta tensión es aún más difícil de resolver si se tiene en cuenta que la presente acción ha sido dirigida contra providencias judiciales, frente a las cuales la procedencia de la tutela es excepcional, pues sólo es admisible cuando la actuación judicial configura una vía de hecho<sup>5</sup>. En efecto, si bien es cierto que en la Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, esta Corporación declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2191 de 1991, también lo es que en tal fallo se permitió reaccionar ante determinadas providencias, ya sea

para evitar perjuicios irremediables y defender los derechos fundamentales de las personas, o ya sea porque determinadas actuaciones judiciales pueden configurar vías de hecho que vulneran derechos fundamentales. Así, en el citado fallo, la Corte precisó que no “riñe con 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”.

Por ello la Corte procederá, en primer término, a determinar si la actuación en el proceso ante la justicia regional configura una vía de hecho susceptible de ser tutelada y, en caso afirmativo, esta Corporación entrará a estudiar cuál es la decisión más adecuada a ser tomada, teniendo en cuenta la tensión entre los principios constitucionales mencionados.

Debido Proceso, ausencia de defensa técnica en indagatoria y vía de hecho judicial.

“No es la apariencia de una decisión, sino su contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. Hay que distinguir entre providencias judiciales y las vías de hecho. Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta y no exista otro medio de defensa judicial para la adecuada protección del derecho fundamental lesionado.<sup>7</sup>”

En esas condiciones, el interrogante que se plantea es si la ausencia de abogado en la indagatoria configura en el presente caso una vía de hecho que viole el debido proceso, o por el contrario, existen razones de seguridad jurídica que hacen inimpugnable esa actuación judicial por la vía de la tutela.

6- Podría sostenerse que en el momento en que ocurre la indagatoria en el presente caso, esto es, el 31 de diciembre de 1993, la disposición invocada por los fiscales, esto es, el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, gozaba de plena presunción de constitucionalidad, pues no había sido retirada del ordenamiento, y la práctica

preconstituyente había sido precisamente la de considerar que no violaba el derecho de defensa la asistencia del sindicado en la indagatoria por un ciudadano respetable, pero sin conocimientos jurídicos profesionales. Sin embargo ese argumento no es de recibo, por las siguientes dos razones.

De un lado, el 7 de julio de 1991 entra en vigor un nuevo orden constitucional que consagra expresamente como componente del debido proceso, el derecho de toda persona “a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”, norma superior que está en contradicción con la disposición legal invocada por los fiscales.

De otro lado, para el 31 de diciembre de 1994, fecha de la indagatoria, esta Corte ya había tenido la ocasión de pronunciarse, por vía de control constitucional abstracto, que tiene efecto obligatorio erga omnes (CP art. 243), sobre la inconstitucionalidad de disposiciones que autorizaban la realización de diligencias penales sin abogado. En efecto, en la sentencia C-592 del 9 de diciembre de 1993, esta Corporación declaró inexecutable aquellos apartes del artículo 374 del Código Penal Militar que permitían que en los procesos penales en esa jurisdicción el cargo de defensor fuera ejercido por un oficial que podía no ser abogado. Al establecer la ratio decidendi de su decisión, dijo entonces, de manera expresa, esta Corporación:

Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científicamente y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita.

(...)

En verdad lo que quiere el Constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas procesales señaladas en el citado artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquiera otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si éstos no acreditan la

mencionada formación.

(...)

No asiste duda respecto de la proscripción constitucional de las modalidades de investigación o de juzgamiento penal, en las que existiendo sindicado no participe el defensor tal y como lo ha advertido de modo reiterado esta Corporación; igualmente, tampoco existe duda en lo que se refiere al valor y alcance general de la mencionada garantía constitucional extendida ahora de modo expreso a todos los procesos penales, inclusive a los militares, dados los términos empleados por las restantes partes de la disposición que se cita en los que se advierte que las reglas en ella establecidas están previstas para que sean aplicadas a todas las personas y a todo aquel que sea sindicado.

Así, el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la Constitución. 8

Estos mismos criterios fueron los que sirvieron de fundamento a la Corte no sólo para declarar posteriormente la inexecutable del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal en la sentencia C-049/96, sino también para amparar el derecho a la defensa técnica en posteriores decisiones de tutela, incluso cuando los funcionarios judiciales y de policía habían invocado disposiciones legales vigentes para adelantar las diligencias sin un defensor que reuniera la formación técnica exigida por la Carta. Así, en la Sentencia SU-044/95, esta Corte tuteló el derecho a la defensa técnica de una persona que no había sido asistido por abogado en un proceso policivo, aunque estaba vigente el artículo 31 del decreto 800 de 1991, reglamentario de la Ley 23 de 1991, que establece que en esos procesos policivos la defensa de oficio fuera prestada por “cualquier ciudadano honorable y alfabeto que no sea empleado oficial”. Igualmente, en la Sentencia T-240/96, esta Corporación también amparó el derecho a la defensa técnica en un proceso penal, a pesar de que el juez había invocado precisamente el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el decreto 196 de 1971, con el fin de practicar una diligencia judicial con un ciudadano

honorable como defensor del imputado. Esto significa que ya con anterioridad a la sentencia C-049/96 del 8 de febrero de 1996, para esta Corporación la ausencia de defensa técnica no era una irregularidad sin importancia, sino que implicaba una vulneración del derecho de defensa susceptible de ser tutelada, por lo cual la Corte ordenó en esos casos que se practicaran nuevamente las diligencias en donde el imputado carecía de tal asesoría. Así en la sentencia SU-044/95, y precisamente con base en las razones adelantadas desde la Sentencia C-592/93, dijo entonces la Corte:

La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 176/91, arts. 30, 31, y 32, Decreto 765/77) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan.

Lo dicho antes, eventualmente puede implicar el avance de un juicio sobre la constitucionalidad del inciso 1 del art. 148 de C.P.P.

7- Por consiguiente, el 31 de diciembre de 1993, momento en el cual se practica la indagatoria del sindicado en el presente proceso, la presunción de constitucionalidad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal estaba totalmente en entredicho, pues la Corte había declarado la inexecutable de un artículo con idéntico contenido normativo en relación con la justicia penal militar, decisión que tiene fuerza de cosa juzgada constitucional no sólo en relación con la disposición revisada en ese expediente sin que se proyecte también sobre los otros textos legales que tengan idéntico contenido normativo. En efecto, el artículo 243 de la Carta señala que “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. (subrayas no originales)”. Nótese que esta norma superior se refiere al contenido material del acto declarado inexecutable, y no distingue entre autoridades, por lo cual es obvio que la prohibición incluye a los funcionarios judiciales. Por ello, cuando un juez

o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo “el contenido material del acto declarado inexecutable”. En tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts 4º, 241 y 243).

En ese orden de ideas, si bien la norma legal se encontraba vigente, esta Corporación considera que existiendo la decisión de inexecutable de la Corte en relación con la ausencia de defensa técnica en la justicia militar, los fiscales hubieran debido aplicar la excepción de inconstitucionalidad (CP art. 4º), por la evidente contradicción entre el texto legal y la norma constitucional. Lo procedente era entonces adelantar la indagatoria con la presencia del correspondiente defensor técnico, pues la Constitución es norma de normas, y en caso de conflicto entre la Constitución y la ley, deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales. La única forma de seguir aplicando el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal sin incurrir en vía de hecho era que el funcionario judicial hubiese justificado, de manera suficiente, que existía una diferencia tan profunda entre las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, o que las circunstancias del caso eran tan excepcionales, que la ratio decidendi de la sentencia C-592/93 no obligaba en la justicia ordinaria en ese caso específico.

Transición constitucional y defensa técnica.

8- El anterior análisis muestra que no todas las indagatorias efectuadas sin abogado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 configuran

automáticamente vías de hecho susceptibles de ser atacadas por medio de la tutela. La fecha de la diligencia es relevante, pues no es lo mismo que ésta haya ocurrido el 10 de julio de 1991, a los pocos días de entrar en vigencia la nueva Constitución, o que por el contrario se haya practicado en enero de 1996, pocas semanas antes de que la Corte declarara inexecutable en forma expresa el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal y cuando ya había varios pronunciamientos del juez constitucional sobre la materia. Es necesario entonces tener en cuenta el factor temporal, pues en materia de defensa técnica, entre el 7 de julio de 1991 -fecha de entrada en vigor de la Constitución- y el 8 de febrero de 1996, fecha de la decisión que retiró del ordenamiento el artículo 148 del estatuto procesal penal- se puede decir que se ha vivido una difícil transición constitucional, en donde las prácticas preconstituyentes pesaban todavía excesivamente sobre la dinámica del aparato judicial, no sólo por la influencia de la tradición jurídica en esta materia sino también por razones prácticas que no pueden ser ignoradas, ya que la puesta en marcha de las labores de la Defensoría Pública adscritas al Defensor del Pueblo es un proceso que toma un cierto tiempo, por lo cual debe admitirse un plazo razonable de transición y ajuste.

Así, las indagatorias practicadas antes de la Sentencia C-592/93 pueden en muchos casos llegar a no configurar vías de hecho, ya que en ese momento la presunción de constitucionalidad de las normas legales era más admisible, no sólo porque no había todavía ningún pronunciamiento del juez constitucional sobre el tema sino también por el señalado peso de la tradición preconstituyente. En esos momentos, los funcionarios no sólo podían contar con un cierto sustento normativo, que puede no hacer caprichosa su actuación, sino que además eran más relevantes las razones prácticas de limitación de defensores públicos que podrían justificar la ausencia puntual de defensa técnica en ciertos momentos procesales. Por ello, para que se configure la vía de hecho en diligencias practicadas antes de esa fecha, debe mostrarse que no había un fundamento para que el funcionario no hubiera otorgado un abogado al imputado en las correspondientes diligencias, y que tal práctica tuvo un evidente impacto sobre el derecho de defensa de la persona, para lo cual son relevantes situaciones concretas del caso, como el lugar en donde se practicó, urgencias de tiempo, la fecha misma de la indagatoria, las consecuencias de la diligencia sobre el desarrollo global del proceso, las posibilidades que tuvo el funcionario de corregir la ausencia de defensa técnica, etc. Por ejemplo, en la sentencia SU-044/95, la Corte constató que era procedente la tutela, a pesar de que se trataba de un asunto policivo fallado a comienzos de diciembre de 1993, pues no sólo en sentido estricto no estamos frente a una actuación

judicial sino que, además, confluían múltiples circunstancias que mostraban el carácter inaceptable del desarrollo de la investigación. Así, a pesar de tratarse de un proceso en una gran ciudad como Bogotá, en donde no sólo existen múltiples abogados inscritos sino también numerosos consultorios jurídicos, el imputado careció de defensa técnica durante todo el proceso policivo, sin que el inspector hubiera intentado subsanar la irregularidad, o hubiere razones de urgencia que justificaran la ausencia de defensa técnica. Esta situación implicó no sólo una ausencia puntual de defensa técnica en una determinada diligencia, sino un absoluto desconocimiento del contenido esencial del derecho de defensa en todo el proceso, pues el imputado no pudo solicitar pruebas o interponer recursos. Esta carencia de cualquier defensa sólo fue atribuible, según la Corte, “a la negligencia del Inspector de Policía en referencia y a la equivocada aplicación de una norma jurídica que para el caso concreto no debió tener los alcances que se le asignaron (subrayas no originales).” Y, como si fuera poco, la autoridad pública demandada a través de la acción de tutela, sin justificación válida alguna, limitó la actuación procesal al recaudo arbitrario de algunas pruebas, tanto que dejó de establecer fehacientemente los hechos contravencionales al omitir la inspección judicial que es el medio idóneo de verificar el daño alegado por el denunciante.” Se trataba pues de una manifiesta actuación de hecho del inspector de policía y una flagrante violación al derecho de defensa, que hacía entonces viable la tutela.

En las diligencias ocurridas con posterioridad a la sentencia C-529/93, la Corte considera que la situación es diferente, pues el fallo de inexequibilidad implica una inversión de la carga de la argumentación sobre la materia. Eso no implica que todas las diligencias judiciales sin presencia de defensor técnico se convierten automáticamente en vías de hecho a partir de esa fecha, pero sí significa que a partir de esa sentencia, es al funcionario a quien correspondía mostrar que las características del caso concreto obligaban a aplicar el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, sin que ello implicara una violación de la supremacía de la Carta (CP art. 4º), de la fuerza de la cosa juzgada constitucional de las decisiones de la Corte cuando ejerce el control de las normas legales (CP art. 243) y, obviamente, del derecho del imputado al debido proceso y a una defensa técnica (CP art. 29). Si no aparecen esas razones, entonces debe concluirse que la actuación judicial configura una vía de hecho.

Vía de hecho en el caso concreto.

9- En el presente caso la indagatoria es efectuada por la Unidad de Fiscalía Primera

Permanente de Medellín el 31 de diciembre de 1993, esto es, con posterioridad a la sentencia C-592/93, y sin embargo los funcionarios judiciales adelantaron la diligencia sin abogado y sin hacer ninguna referencia al contenido del artículo 29 de la Carta, ni a la previa decisión de inexequibilidad de la Corte sobre el tema, ni a la posible ausencia de defensa técnica. En efecto, el acta simplemente dice que comparece el sindicato a fin de “rendir indagatoria”, por lo cual se le indica que tiene derecho a designar un defensor, a lo cual responde “que no tiene por el momento a quien nombrar, por lo que el despacho, de oficio, le asigna a la señora Luz Dary Arenas Arenas”, quien no es abogada<sup>9</sup>. En ninguna parte aparece la justificación para que el fiscal no hubiera nombrado a alguien que tuviera la capacidad de prestar asesoría técnica, conducta que aparece a la Corte aún más inaceptable si se tiene en cuenta que se realiza en una gran ciudad como Medellín, en donde no parece razonable argumentar que no existía ningún abogado inscrito, o ningún miembro de un consultorio jurídico, que hubiera podido asistir al imputado. Esto significa que los fiscales ni siquiera dieron una adecuada aplicación a la propia disposición legal invocada como sustento normativo de la ausencia de defensa técnica para el indagado, puesto que el artículo del estatuto procesal autorizaba la asistencia en la indagatoria por un ciudadano honorable, únicamente cuando no hubiere abogado inscrito con posibilidad de representar al imputado. Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en relación con el artículo 139 del Decreto 050 de 1987, de idéntico contenido normativo, que “con toda claridad se desprende del texto mismo de la norma, que la excepción que ella consagraba sólo era aplicable cuando en el lugar no hubiera ningún abogado inscrito que pudiese designarse.<sup>10</sup>”

10- Por todas estas razones, la Corte concluye que la decisión de los funcionarios judiciales al no conceder el 31 de diciembre de 1993 una defensa técnica al imputado durante la indagatoria configura una vía de hecho, pues implica un defecto jurídico derivado de la voluntad subjetiva del funcionario, quien no dio importancia al texto constitucional, ni a la decisión previa de la Corte sobre el tema, ni al propio contenido del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, y por ende desconoció la defensa técnica en un instante tan importante como es el de la indagatoria.

11- Esta vía de hecho ha implicado entonces una vulneración del derecho a la asistencia técnica del petente, por lo cual la Corte considera que el criterio decisión de los jueces de tutela de no considerar afectado ese derecho por estar aún formalmente vigente el artículo 148 del estatuto procesal penal termina sacrificando de manera desproporcionada el debido

proceso en función del interés general, la seguridad jurídica y la eficacia de la justicia. ¿Significa lo anterior que debe concederse la tutela y acogerse integralmente las solicitudes del petente, de suerte que debe la Corte ordenar retrotraer el proceso a la indagatoria, con la correspondiente anulación de todo lo actuado? ¿Debería entonces ponerse en libertad automáticamente al condenado? La Corte se plantea también este segundo interrogante pues es evidente que si se anula el proceso desde la indagatoria, esta persona condenada, y muchas otras que se encuentran en similar situación, deberían ser automáticamente liberadas, dando aplicación al artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, pues la persona llevaría más de un año detenida, y el proceso sería formalmente retrotraído al inicio de la indagatoria.

La Corte considera que la anulación del proceso desde la indagatoria comporta dos dificultades que la hacen inadmisibles, como regla absoluta a ser aplicada en estos casos y como solución específica de la presente acción de tutela. La primera dificultad es de naturaleza sustantiva, y tiene que ver con la posibilidad de que tal decisión afecte, de manera desproporcionada, otros principios de raigambre constitucional, como la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica. La segunda dificultad tiene que ver con la procedencia misma de la tutela en el presente caso por cuanto, como se verá, el actor tenía a su disposición otros mecanismos judiciales de defensa. Entra entonces la Corte a analizar estos dos aspectos.

Transición constitucional y armonización concreta de los principios en tensión.

12- La Corte considera que la anulación del proceso desde la indagatoria protege adecuadamente el derecho a la defensa técnica pero tiene implicaciones graves sobre otros principios de raigambre constitucional, como la seguridad jurídica y la protección de la eficacia de la administración de justicia, que son elementos que indudablemente hacen parte del interés general. En efecto, el retorno de los procesos a las indagatorias implicaría la anulación masiva de importantes esfuerzos judiciales por esclarecer delitos y sancionar a sus responsables, delitos que en muchas ocasiones son de suma gravedad, como en el presente caso. Esta Corte no puede ignorar que uno de los objetivos centrales de la convocatoria a la Asamblea Constituyente fue precisamente la de instaurar un sistema judicial eficaz capaz de enfrentar de manera adecuada los graves delitos que vive la sociedad colombiana.

13- Dos interrogantes obvios surgen entonces del anterior análisis: ¿es posible armonizar la protección a la defensa técnica y la eficacia de la justicia, ambos principios de estirpe constitucional? Y en caso de que ello no pueda lograrse, ¿cuál principio debe primar, esto es, debe darse prevalencia al interés general sobre el interés particular de los procesados y condenados o, por el contrario debe protegerse la prevalencia de los derechos de la persona, aunque ello tenga efectos graves sobre objetivos de interés general?

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo<sup>11</sup> pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”<sup>12</sup>. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado cuando dijo al respecto:

“Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.<sup>13</sup>”

Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte deba desestimar el interés general en juego que entra en conflicto con un derecho fundamental, pues no sólo debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en conflicto sino que, en situaciones específicas, pueden existir poderosas razones de interés general que justifiquen incluso la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando se respete su contenido esencial.

14- Entra entonces la Corte a analizar si es posible garantizar el derecho a la defensa técnica sin afectar de manera desproporcionada la protección del interés general, asociada a la eficacia de la justicia y a la seguridad jurídica.

La Corte considera que esa armonización concreta es posible si el juez de tutela, cuando la concesión del amparo sea procedente, u oficiosamente o a solicitud de parte el funcionario que conoce del proceso correspondiente, permiten a los procesados o condenados un ejercicio de la defensa técnica en aquellas oportunidades en donde carecieron injustificadamente de ella, pero de tal manera que esa protección del debido proceso no implique una automática destrucción de los esfuerzos de la justicia por esclarecer los delitos. Al parecer ello no sería posible, pues estaríamos atrapados en el siguiente dilema:

- O se considera que hubo falta de defensa técnica, y entonces la indagatoria es nula de pleno derecho o inexistente, y el proceso debe retrotraerse a esa fase, con la correspondiente anulación de lo actuado y la liberación de los detenidos.

- O, por el contrario, y para evitar esos efectos traumáticos sobre la administración de justicia, se da prevalencia al interés general y a la seguridad jurídica y se considera que la indagatoria fue regularmente practicada por encontrarse vigente la correspondiente norma legal que autorizaba su realización de esa manera.

Sin embargo, la Corte considera que es posible salir de ese difícil dilema, cuyos extremos tienen consecuencias insatisfactorias, puesto que existe una solución intermedia, que puede no parecer la más ortodoxa en términos formales, pero que encuentra plena justificación si se recuerda que, en materia de defensa técnica, se ha vivido un complejo proceso de transición constitucional. Y es que la garantía a la defensa técnica se equilibra, en lo posible, con la protección de la seguridad jurídica y la eficacia de la justicia. Por ejemplo, si a pesar de no existir una asistencia técnica en la indagatoria, está plenamente probado el delito, la culpabilidad y la responsabilidad, sería absolutamente desproporcionado que se ordenara que se repusiera el procedimiento a partir de la indagatoria, y que ello conllevara la libertad de un procesado contra quien existe decisión respaldada ostensible y suficientemente en un acervo probatorio irrefutable que motivó decisiones justas. Pero es posible también que las mismas sentencias condenatorias hayan exigido unos razonamientos que, al menos hipotéticamente, permitan una contradicción, y en esta circunstancia una indagatoria técnicamente recibida puede arrojar luces, por lo cual resulta imperativo rehacerla.

En esas condiciones, la Corte considera que la única forma de armonizar estas exigencias es ordenando que, en función del debido proceso, se rehagan aquellas diligencias en donde los procesados carecieron injustificadamente de defensa técnica, incluida la indagatoria. Sin embargo, y en función del interés general, la seguridad jurídica y la eficacia de la justicia, la nueva práctica de las diligencias no implica retrotraer integralmente el proceso a esa fase, ni la anulación mecánica de lo actuado con posterioridad a la misma, ni por ende la liberación automática de los procesados o condenados. Esto significa que en el momento en que, por ejemplo, se practica la nueva indagatoria a un condenado que careció de defensa técnica en esa fase procesal, siguen en firme todas las medidas que ya han sido tomadas en el mismo proceso.

15- Ahora bien, esta solución puede parecer ilógica en un doble sentido. De un lado, desde el punto de vista sustantivo, se podría señalar que no existe ningún interés en la repetición de

las diligencias en donde el procesado careció de asesoría técnica, si sigue en firme lo actuado, pues de esa manera la nueva indagatoria no tendría efectos reales sobre el ejercicio de la defensa, que es precisamente lo que se pretende proteger mediante la exigencia de abogado. ¿De qué sirve -podría preguntarse el crítico- a un condenado que se repita la indagatoria si de todos modos la sentencia sigue en firme? Y, de otro lado, en términos formales, podría objetarse que, en función del principio lógico de no contradicción, la decisión no es consistente pues, o se está en la indagatoria, y por ende no puede existir jurídicamente el resto del proceso, ya que éste es una sucesión ordenada de etapas, de tal manera que una no puede existir sin la otra. O, por el contrario, el resto del proceso queda en firme y por ende no se puede repetir la indagatoria pues ésta ya habría ocurrido procesalmente.

16- Estas importantes objeciones permiten a la Corte precisar su tesis. Así, desde el punto de vista material, es cierto que la repetición de las diligencias no subsana en sí misma el vicio de la ausencia de defensa técnica, si no se permite que la nueva actuación procesal tenga una real eficacia en la decisión judicial a ser tomada en el proceso penal. En efecto, si la razón de ser de la exigencia de asistencia técnica es la efectividad del derecho a defenderse en búsqueda de la verdad, de tal manera que la persona que carece de ella queda en estado de indefensión, se colige que la protección del juez de tutela debe ser eficaz en tal sentido. Por ello la orden que se imparta, para ser razonable, debe darle oportunidad al sindicado de invocar la nueva indagatoria para discutir en conjunto y de manera amplia el material probatorio, e incluso plantear una posible nulidad, si la repetición de la indagatoria muestra que la inicial falta de defensa técnica tuvo efectos insubsanables sobre el posterior desarrollo del proceso.

Por todo lo anterior, la Corte considera que, una vez practicada la diligencia con asistencia técnica, debe retroarse el proceso a una fase procesal que permita un efectivo ejercicio de la defensa técnica a fin de que la tutela del derecho no sea inocua. Pero, como se trata de proteger la eficacia de lo actuado, teniendo en cuenta que se ha vivido una difícil transición constitucional en este campo, la fase procesal a la cual se retrotrae el proceso debe ser la más próxima a aquella en donde actualmente se encuentra el proceso, pues de esa manera se concilian en la mejor forma posible las exigencias de la defensa técnica con la protección a la eficacia de la justicia. Así por ejemplo, para los condenados en primera instancia bastará con rehacer la indagatoria y abrir la puerta y los términos para la correspondiente apelación,

en donde el condenado podrá controvertir con amplitud el material probatorio en su conjunto. Y, en aquellos casos en que el proceso no haya sido fallado, la repetición de la indagatoria será suficiente, pues los recursos pendientes en el propio procedimiento penal servirán para satisfacer el derecho de defensa de la persona.

17- El anterior criterio armoniza con los precedentes de la Corte en este campo, pues coincide con lo ordenado por esta Corporación en las sentencias SU-044/95 y T-240/96, ya que en esas ocasiones esta Corporación se limitó a ordenar que se rehicieran las diligencias en donde el procesado había carecido de defensa técnica. Además, la Corte considera que esta determinación es la más razonable, si se tienen en cuenta las dificultades del proceso de ajuste institucional que se ha vivido, ya que es la única forma de lograr conciliar los imperativos y principios en conflicto en el presente expediente, pues permite equilibrar el debido proceso con la eficiencia de la justicia. En efecto, la presente decisión tiene dos virtudes de las que carecen las posibilidades extremas reseñadas en los puntos anteriores:

De un lado, la persona encuentra la garantía a su derecho a la defensa técnica, pues no sólo se repiten las diligencias en donde careció de ella sino que, además, estas nuevas actuaciones procesales pueden tener un efecto real sobre la decisión judicial que será tomada en el respectivo proceso penal, pues una vez repetida la diligencia, el juez penal podrá tomar, con base en la nueva indagatoria, las determinaciones de fondo según el peso real que tenga esa nueva prueba en el conjunto del material incorporado al expediente penal. En cambio, la decisión de mantener incólume la indagatoria practicada sin defensa técnica, cuando no había ninguna justificación para adleantar de esa manera la diligencia, afecta de manera desproporcionada el debido proceso.

De otro lado, la presente determinación no sacrifica la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica, pues se protegen al máximo las investigaciones adelantadas durante esta fase de ajuste constitucional, mientras que el retrotraimiento de los procesos a la indagatoria tendría efectos traumáticos en este aspecto.

18- Con todo, podría objetarse que una decisión de esta naturaleza no es admisible, pues no se ajusta al ordenamiento formal de los procesos penales, pues se estaría practicando una diligencia del sumario, mientras se entiende que el juicio ya ha culminado. La Corte no desconoce esa crítica, por lo cual entiende que su criterio implica una suerte de ficción

jurisprudencial, pues sólo hay una manera de armonizar el desarrollo formal de los procesos con la decisión que se considera materialmente la más razonable y justa en el presente caso: es necesario que los jueces penales razonen como si la nueva indagatoria hubiese sido tomada en el momento en que fue practicada la anterior indagatoria. Esto es obviamente una ficción, pues la nueva diligencia será practicada con fecha posterior a la presente sentencia. Ahora bien ¿es legítimo que una decisión judicial se funde en una ficción jurídica?

Para responder a ese interrogante es menester recordar que, como lo enseñan la doctrina y la propia práctica jurisprudencial, las ficciones judiciales, aunque implican “una calificación de los hechos que es contraria siempre a la realidad jurídica”<sup>14</sup>, no son mentiras o instrumentos de engaño. Las ficciones jurídicas no buscan inducir en el error al operador jurídico, ya que de manera expresa el funcionario judicial indica que está asumiendo como cierto un hecho que es contrario a la realidad jurídica. No hay pues voluntad de engaño sino que el funcionario judicial se encuentra obligado a modificar de manera explícita su razonamiento para evitar las consecuencias injustas que derivarían de la aplicación formal de una regla jurídica.

Estos procedimientos, totalmente excepcionales, son entonces a veces necesarios, no con el objeto de que el juez eluda la aplicación de la norma sino precisamente para evitar que una aplicación ciega de la misma conduzca a resultados prácticos inaceptables desde el punto de vista de los principios y valores del ordenamiento jurídico y de la propia norma. En ese sentido, las ficciones son a veces indispensables para lograr hacer justicia conforme al derecho, pues son, en ocasiones y de manera excepcional, la única forma de adaptar la regla abstracta a la realidad social. Paradójicamente, muchas veces sólo por medio de la ficción judicial puede el juez hacer más real y vivo el derecho. Así, algunas de las mejores construcciones jurisprudenciales -como el concepto de funcionario de hecho o el principio de que el error común hace derecho<sup>15</sup>- son ficciones a las que han recurrido los tribunales para acercar el derecho a la realidad y evitar consecuencias socialmente indeseables de la aplicación estricta de una norma general. En ese sentido son instrumentos de verdad, pues como decía el propio Tomás de Aquino, cuando la ficción aspira a significar algo no es una mentira sino una figura de la verdad, es una figura veritatis<sup>16</sup>.

En ese sentido, la Corte considera que en este caso la ficción de que los jueces deben

razonar como si la nueva indagatoria se hubiese practicado en el momento procesal oportuno es legítima y necesaria, pues constituye la única forma de armonizar la estructura formal del procedimiento penal con las exigencias materiales derivadas de los principios constitucionales en conflicto en el presente caso.

Improcedencia de la tutela por violación del derecho a la defensa técnica por existencia de otro mecanismo judicial de defensa

19- Las anteriores razones explican por qué, incluso si fuera procedente la tutela, no es razonable que la Corte ordene retrotraer el proceso penal a la indagatoria en donde se afectó el derecho a la defensa técnica del petente. Pero existe además otra razón por la cual esta Corporación no puede conceder el amparo y es la relacionada con el carácter subsidiario de la tutela. En efecto, como lo ha reiterado constantemente esta Corporación, con la protección que emana de la acción de tutela no se pretende relegar a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los asuntos que son de su competencia, para dar paso a un manejo extraordinario de los mismos en forma permanente y dificultando su trámite normal y corriente. Por el contrario, se busca el uso de un mecanismo que asegure en forma especial y excepcional la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales afectados o en peligro de estarlo, cuando no existan instrumentos ordinarios que suplan esa protección y coloquen al afectado en una situación de impotencia para su defensa.

Por ende, en el presente caso no procede la tutela por vulneración del derecho de defensa técnica, por cuanto el petente tenía a su disposición otros mecanismos judiciales de defensa en el propio proceso penal. La tutela es entonces improcedente en virtud de su naturaleza subsidiaria y residual. Al existir otros mecanismos de defensa para solicitar ante los jueces la protección eficaz del derecho a la defensa, la acción resulta improcedente y obliga a ejercitar los demás instrumentos procesales que le ofrece el ordenamiento jurídico, como serían entre otros, la posibilidad de formular nulidades durante el proceso, según lo consagrado en el C.P.P., artículos 304 al 308; e, igualmente, la de utilizar el recurso extraordinario de casación, respecto de la sentencia de segunda instancia del Tribunal de Orden Público, según lo dispuesto en el Capítulo VIII del C.P.P. En efecto, en el presente caso la indagatoria fue practicada sin abogado el 31 de diciembre de 1993 pero el 14 de abril de 1994 se posesionó el abogado Enrique Suaza Palacio como defensor del sindicado José de Jesús Zapata Cardona, petente en la presente acción. Por ende, a partir de ese momento, el petente gozó de una

defensa técnica y tuvo entonces también amplios mecanismos judiciales de defensa en el proceso penal para haber solicitado que se corrigiera la ausencia de abogado durante la indagatoria, por lo cual la presente tutela no puede ser concedida. Es pues una diferencia trascendental con los anteriores casos estudiados por esta Corporación, y en donde se concedió el amparo, pues en ellos los petentes no tuvieron mecanismos judiciales alternativos y eficaces para que se subsanara la violación al derecho a una defensa técnica.

Procedencia de la tutela por violación al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

20- Ahora bien, en relación con la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, las decisiones de los jueces de tutela son divergentes. Así el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín se limitó a resaltar la presencia de otros mecanismos judiciales aptos de defensa del derecho del sindicado y la inexistencia de un perjuicio irremediable. En cambio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín manifestó, adicionalmente, que aun existiendo otros medios de defensa judicial ordinarios e idóneos dentro del ordenamiento jurídico, su eficacia se vería neutralizada si no se garantizaba el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, causadas por el retardo en la notificación personal de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Nacional y en la designación de un defensor de oficio para atender la presentación del recurso extraordinario de casación. Por esos motivos, decidió tutelar ese derecho fundamental del actor ordenando una serie de acciones en caminadas a hacerlo efectivo.

La Corte comparte dicha decisión y aclara que no hay que perder de vista que los medios de defensa judicial ordinarios obligan a prescindir de la acción de tutela, siempre y cuando reúnan la condición de idoneidad y aptitud para lo cual han sido estatuidos y logren la eficacia jurídica material del derecho fundamental que pretenden salvaguardar, en forma verdadera y efectiva; de no cumplirse con ese requisito, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias con el fin de eliminar, o por lo menos atenuar, las causas que dificultan la obtención de esos resultados.

21- La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, para proteger la efectividad del derecho al debido proceso del petente y con el propósito de facilitarle la asistencia técnica para hacer uso de los recursos de defensa ordinarios, adoptó unas medidas tendientes a garantizar la conducencia jurídica de los mismos y asegurar la protección del derecho al debido proceso vulnerado, como fueron las de ordenar al Tribunal Nacional notificar en el término de 48

horas de la sentencia de segunda instancia del proceso penal a los sindicatos, entre esos el actor y adelantar las gestiones necesarias ante la Defensoría del Pueblo para designarle un defensor público que lo asistiera.

Sobre este punto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín hizo las siguientes consideraciones que la Corte comparte:

“(…)Sin la oportuna notificación de la sentencia de segunda instancia y la asistencia de un abogado titulado no es posible proponer y tramitar el recurso de casación, ni hay garantía alguna de la eficacia de ese otro medio de defensa judicial, ni una adecuada protección del derecho al debido proceso que se cuestiona a través de la acción de tutela.

3°. La Sala entiende, sin embargo que ese no es el exacto y preciso objetivo que persigue la acción de tutela instaurada por el sindicato JOSE DE JESUS ZAPATA, pero también que la debida garantía de esos actos en la etapa subsiguiente a la sentencia hacen parte del debido proceso que invoca como fundamento de la acción y está indisolublemente ligados a la eficacia de éste derecho y del otro medio de defensa judicial a disposición del actor. (…)

No se haría mucho con afirmar que existe otro medio de defensa judicial y que éste impide una decisión por la vía de la acción de tutela sobre los hechos o motivos alegados por el actor, por su carácter subsidiario o residual, cuando, en las circunstancias del caso, la eficacia de ese otro medio se ve entorpecida o comprometida por hechos que amenazan o lesionan el debido proceso. (…)”

22- Por último, la Corte no puede pasar por alto las dilaciones injustificadas alrededor de la notificación personal a los condenados de la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, mucho menos la falta de diligencia de las autoridades obligadas a cumplir con la notificación sobre la situación jurídica de una persona privada de su libertad y respecto de las actuaciones surgidas dentro del proceso cursado en su contra, así como desconocer el incumplimiento del deber de informar oportunamente acerca de la realización de la comisión para la notificación a la autoridad comisionante, de manera que el proceso pueda seguir su cause normal sin interrupciones ocasionadas por la demora o descuido de los funcionarios.

Las anteriores circunstancias constituyen soporte suficiente para que la Corte, además de confirmar la providencia materia de revisión, pero por las razones señaladas en la presente sentencia, disponga oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, de resultar pertinente, investigue la conducta disciplinaria de las autoridades de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista" responsables de la notificación personal de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el día 11 de septiembre de 1995, en el proceso cursado en contra del petente.

#### V- DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR, pero por las razones señaladas en la parte motiva de la presente providencia, la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, proferida el 5 de junio de 1996 que revocó la providencia del Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, del día 26 de abril de 1996, en cuanto tutela el derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas del actor José de Jesús Zapata Cardona.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional compulsar copias, a la Procuraduría General de la Nación, del expediente radicado en esta Corporación con el No. T-101419 para que, de resultar pertinente, investigue la conducta disciplinaria de las autoridades de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista" responsables de la notificación personal de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el día 11 de septiembre de 1995, dentro del proceso penal adelantado en contra del petente.

Tercero.- LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA      FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado      Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento Parcial de voto a la Sentencia T-669/96

NORMA VIGENTE-Aplicación por no definición de constitucionalidad/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Discrecionalidad (Salvamento de voto)

Se observa que la aplicación de esa disposición estuvo ajustada a los mandatos del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que para el momento de la celebración de la mencionada indagatoria esa era la norma que para entonces regulaba la designación de apoderado para asistir al procesado en los procesos penales de conocimiento de los jueces de orden pública y, por ende, de todas las actuaciones que allí se realizaren, incluida la diligencia de indagatoria. La aplicación de la preceptiva, por parte de las autoridades judiciales, era jurídicamente correcto y viable dada su vigencia dentro del ordenamiento jurídico y al hecho de que su constitucionalidad aun no había sido definida por la Corporación correspondiente, encontrándose, por lo tanto, en pleno rigor jurídico. Adicional a esto, es necesario precisar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, es una facultad que constitucionalmente tiene el carácter de discrecional para los jueces y autoridades administrativas. Con la motivación planteada, podría estarse dando una aplicación retroactiva al fallo de inconstitucionalidad.

Referencia: Expediente T-101419

Peticionario: José de Jesús Zapata Cardona

Procedencia: Tribunal Superior de Medellín -Sala Penal-

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Con mi acostumbrado respeto, me permito consignar las razones por las cuales me permití formular salvamento de voto con respecto a la sentencia adoptada en el proceso de la referencia, en la siguiente forma:

En primer término, el actor para solicitar la protección de su derecho a la defensa por vía de la acción de tutela, argumentó la falta de asistencia técnica durante su indagatoria por la inaplicación de los mandatos proferidos en la Sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, que con ponencia del Magistrado Doctor Fabio Morón Díaz, declaró inexecutable el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal. Dicha norma autorizaba prestar la mencionada asistencia a cualquier ciudadano honorable cuando no hubiere abogado inscrito que lo asistiere, por considerar que solo a través de la defensa profesional técnica y científica se puede garantizar al procesado sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, durante el transcurso del proceso al cual se encuentre vinculado.

Al respecto se observa que la aplicación de esa disposición estuvo ajustada a los mandatos del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que para el momento de la celebración de la mencionada indagatoria -31 de diciembre de 1993- esa era la norma que para entonces regulaba la designación de apoderado para asistir al procesado en los procesos penales de conocimiento de los jueces de orden pública y, por ende, de todas las actuaciones que allí se realizaren, incluida la diligencia de indagatoria.

Aun cuando en la providencia se señala que la constitucionalidad de la norma se encontraba en entredicho en virtud de la argumentación planteada en la declaratoria de inexecutable de algunos apartes del artículo 374 del Código Penal Militar (Sentencia C-592/93, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), en la medida en que presentaba contenidos normativos similares al inciso primero del artículo 148 mencionado, la aplicación de esta preceptiva, por parte de las autoridades judiciales mencionadas, era jurídicamente correcto y viable dada su vigencia dentro del ordenamiento jurídico y al hecho de que su constitucionalidad aun no había sido definida por la Corporación correspondiente, encontrándose, por lo tanto, en pleno rigor jurídico. Adicional a esto, es necesario precisar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4o. de la Carta Política, en la que tanto se insiste contra el artículo 148 citado, es una facultad que constitucionalmente tiene el carácter de discrecional

para los jueces y autoridades administrativas.

De otra parte, con la motivación planteada, podría estarse dando una aplicación retroactiva al fallo de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal contenido en la Sentencia C-049 de 1996, desconociendo el efecto ordinario hacia el futuro de las providencias de constitucionalidad de la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando ésta, en ejercicio de su atribución, no decida darle otro sentido, de conformidad con el ordenamiento superior (Sentencia C-113 de 1993, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía y C-037 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Finalmente, resulta conveniente destacar que algunos de los argumentos hasta ahora expuestos fueron, así mismo, planteados recientemente por otra Sala de la Corporación, el día 30 de octubre del presente año mediante la sentencia T-576 de 1996, en un caso similar al analizado, en el que se evaluó la defensa técnica en los procesos adelantados antes de la declaratoria de inexecutable del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal en donde la Sala Primera de Revisión de la Corporación, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, estableció lo siguiente:

“El análisis en el caso de la indagatoria, hay que hacerlo en procesos anteriores a las sentencias de la Corte Constitucional C-037/96 y, concretamente, la C-049/96, pues, después de ellas, sólo es posible que el imputado sea asistido por un abogado, o estudiante de derecho adscrito a consultorio jurídico, cuando existan las circunstancias excepcionales y probadas explicadas por la Corte.

Por las anteriores razones, es evidente que el designar a un ciudadano honorable para asistir, únicamente en la diligencia de indagatoria, al imputado, actuación permitida por la ley en la época en que ocurrió la respectiva indagatoria, no constituye, por sí sola, una vía de hecho. Y, para que tal situación se declare, el juez competente debe examinar el correspondiente caso concreto.

Cabe recordar que la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable del inciso 1 del artículo 148 citado, no estableció la retroactividad de los efectos de su sentencia, razón por la cual, se entiende que ésta surte efectos para el futuro. Además, con la declaración de inexecutable mencionada, realmente, lo que se pretende amparar es el derecho a la debida defensa técnica, como asunto de fondo, y no reducirlo a un asunto meramente

formal.”

Por lo suscintamente expuesto, considero necesario separarme de algunos de los razonamientos que en contradicción a lo aquí planteado motivaron el fallo proferido en el proceso de revisión de la tuela 101419, no así de la decisión adoptada.

Fecha ut supra,

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

1Hasta aquí el texto corresponde en lo fundamental al proyecto de sentencia que originalmente presentó el Magistrado Hernando Herrera Vergara.

2Ver sentencias C-592/93 y C-049/96 MP Dr. Fabio Morón Díaz, SU-044/95 M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, C-071/95 MP Dr. Carlos Gaviria Díaz y T-240/96 Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

3Sentencia SU-044 de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

4Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de mayo de 1990, Gaceta Judicial. No 2446, pp 9 y 10. En el mismo sentido, ver las sentencias de la Sala de Casación Penal del 9 de mayo de 1962 y del 17 de julio de 1990.

5Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional T-43/93, T-79/93, T-198/93, T-173/93, T-331/93, T-368/93, T-245/94 y T-572/94.

6 Cf Corte Constitucional. Sentencia T-079 de febrero 26 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver igualmente Sentencia T-336/93. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

7Sentencia T-368 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

8Sentencia C-592/93. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

9Ver folios 60 y ss del presente expediente

10Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de mayo de 1995. MP Guillermo Duque Ruiz y Carlos Eduardo Mejía Escobar. Gaceta Judicial No 2475, p 817.

11Cf Ronald Dworkin. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1989, p 303

12Corte Constitucional. Sentencia C-350/94 MP Alejandro Martínez Caballero.

13Corte Constitucional. Sentencia C-606/92 del 14 de diciembre de 1992. MP Ciro Angarita Barón

14Chaim Perelman. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Civitas, 1988, p 88.

15Ver Jean Rivéro. "Fictions et présomptions en droit public français" citado por Chaim Perelman. Op- cit, pp 221 y 222. Igualmente MAZEAUD. "Derecho Civil", Parte primera, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 195, en criterio citado y utilizado por esta Corte en la Sentencia T-090/95. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 4.

16Tomás de Aquino. Suma Teológica, vol XII, 3, q.55, art. 4, ad 1, citado por Jesús Ignacion Martínez García. La imaginación jurídica. Madrid: Debate, 1992, p 107.