

Yefferson M. Dueñas G.

Abogado - Consultor

www.duenasgomez.com

Carrera 14 No. 93B-29, of. 305, Bogotá (Col.)

Teléfono: +57(1) 6456965

Celular: +57 3132846540

"El que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado." G. Radbruch.

Honorables Magistradas y Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
(Reparto)

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Respetuoso saludo.

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ y JOHN JAIME POSADA ORREGO, en nuestra condición de ciudadanos, identificados como aparece al pie de las respectivas firmas, con fundamento en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Carta Política, presentamos demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". La demanda sigue la siguiente estructura metodológica:

1.	CONTEXTO DE LA DEMANDA	3
2.	NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA	7
3.	ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)	12
3.1	La teoría del derecho viviente en la jurisprudencia constitucional	12
3.2	La interpretación de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 realizada por la Sala de Casación Penal es susceptible de control constitucional	15
4.	NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS	16
5.	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	17
5.1	CARGO PRIMERO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005	18
5.1.1	El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano	18
5.1.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002	21
5.1.3	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.	24



5.2	CARGO SEGUNDO. Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.....	27
5.2.1	Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.	27
5.2.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.....	32
5.3	CARGO TERCERO. Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.....	35
5.3.1	El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).	35
5.3.2	El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.	38
5.3.3	Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.	43
5.4	CARGO CUARTO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1° y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron.....	47
5.5	CARGO QUINTO. El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.....	51
5.5.1	El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.....	52
5.5.2	El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.....	56
5.5.3	La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.....	68
6.	APTITUD DE LOS CARGOS.....	71
7.	SOLICITUD	75
8.	COMPETENCIA	75
9.	NOTIFICACIONES.....	76



1. CONTEXTO DE LA DEMANDA

La Constitución de 1991 introdujo uno de los cambios más importantes para la modernización de la persecución penal en Colombia: la creación de la Fiscalía General de la Nación. Infortunadamente, en cuanto a la instrucción, investigación y juzgamiento, la Carta Política mantuvo el -antiquísimo- modelo inquisitivo. No fue sino hasta 11 años después, con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, que se incorporó el sistema penal acusatorio al ordenamiento jurídico colombiano y al hacerlo se pretendió dejar atrás, de una vez por todas, el esquema inquisitivo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 realizó profundos cambios sustanciales en materia penal, como la creación del juez de control de garantías, la severa limitación de funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación, la incorporación de principios tales como la oralidad y la inmediación, entre otros. Adicionalmente, la reforma constitucional se encargó de fijar los parámetros temporales para implementar el nuevo modelo de investigación y juzgamiento. Señaló que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara el Legislador y que debía ponerse en marcha de manera gradual en el territorio nacional, **pero en todo caso tenía que estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.**

El Congreso de la República, en cumplimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, dictó la Ley 906 de 2004, "*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*". En el artículo 533 determinó que **el sistema penal acusatorio es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005.** Y en el artículo 530 definió el régimen de implementación gradual del nuevo modelo, para lo cual conformó cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales en los que se iría incorporando el modelo año tras año¹. En todo caso, por mandato expreso del acto reformativo de la Constitución, este modelo de implementación tenía como fecha límite el 31 de diciembre de 2008. Así las cosas, la vigencia del sistema penal acusatorio fue inmediata y uniforme para todo el país (desde el 1º de enero de 2005), pero con aplicación escalonada por Distritos Judiciales hasta el 31 de diciembre de 2008.

La particular fórmula anotada generó una aplicación simultánea del sistema penal inquisitivo y del sistema penal acusatorio entre los años 2005 y 2008. Pero la voluntad del Constituyente (y también del Legislador), fue que desde el 31 de diciembre de 2008 Colombia tuviera un sistema penal acusatorio sin aplicación concurrente con el modelo inquisitivo. De ahí que desde esa fecha todo delito cometido con posterioridad

¹ La aplicación inició el 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira; el 1º de enero de 2006 en los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal; el 1º de enero de 2007 en los Distritos Judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y el 1º de enero de 2008 en los Distritos Judiciales restantes.



al 1º de enero de 2005 (cuando entró en vigencia la Ley 906 de 2004) tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros del sistema penal acusatorio.

No obstante, la práctica judicial ha sido complemente opuesta a lo ordenado por las normas antes aludidas. En efecto, después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha abierto procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005. Solo para ilustrar a la Corte Constitucional, me permito referir algunos ejemplos:

- Caso del señor Whitman Herney Porras Pérez. El 12 de febrero de 2009 el entonces Fiscal General de la Nación dispuso apertura formal de investigación en su contra por la posible autoría de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo con los de peculado por apropiación. Los punibles fueron cometidos durante su periodo como Gobernador de Casanare, esto es, entre los años 2006 y 2007².

- Caso del señor Julio Enrique Acosta Bernal. El 10 de noviembre de 2011 el Fiscal General de la Nación inició investigación forma en su contra como presunto responsable a título de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso heterogéneo. Lo anterior, por celebrar el contrato No. 69 del 25 de abril de 2006, época en la que fungía como Gobernador de Arauca³.

- Caso de los señores Trino Luna Correa, Francisco José Infante Vergara y Omar Ricardo Diazgranados Velásquez, ex Gobernadores de Magdalena. El 31 de marzo de 2017 la Fiscalía General de la Nación ordenó abrir instrucción en su contra por las posibles irregularidades en el contrato No. 081 de 9 de febrero de 2007, suscrito con la *Unión Temporal Parque TAYKU*, cuyo objeto fue la construcción del parque cultural TAYKU en la ciudad de Santa Marta.

- Caso del señor Aníbal Gaviria Correa. El 5 de noviembre de 2019 la Fiscalía General de la Nación le inició investigación formal por supuestas anomalías en un contrato suscrito el 22 de diciembre de 2005 por la Gobernación de Antioquia -que él encabezaba- con el Consorcio Troncal de la Paz.

Los casos mencionados tienen como común denominador lo siguiente:

- (i) Los hechos objeto de investigación son posteriores al 1º de enero de 2005;

² Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 13 de marzo de 2013, rad. 37.858.

³ Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SP18532-2017 del 8 de noviembre de 2017, rad. 43.263.



- (ii) Los procesos se abrieron formalmente después del 31 de diciembre de 2008;
- (iii) El modelo procesal que se las aplicó o ha aplicado es la Ley 600 de 2000 (inquisitivo) y no la Ley 906 de 2004 (acusatorio).

Ninguna autoridad judicial, incluyendo la Sala de Casación Penal, ha rechazado tal proceder. Antes bien, lo han avalado. La pregunta que surge es la siguiente:

¿Por qué se permite que después del 31 de diciembre de 2008 se inicien procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005?

La respuesta es que la jurisdicción ordinaria penal, encabezada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente. Ello con independencia del momento en que se hayan iniciado a perseguir (2, 5 o incluso 10 años después de la plena implementación del sistema penal acusatorio). **Así lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.**

En pocas palabras, las autoridades judiciales tienen en cuenta el régimen de transición contemplado en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 para definir el régimen procesal aplicable a delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, pero comenzados a investigar luego del 31 de diciembre de 2008. Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen de transición finalizó en esta última fecha y no tiene sentido fáctico ni jurídico después de ella, la fórmula adoptada por la jurisdicción ordinaria es irrazonable y constitucionalmente inaceptable.

Permitir que la Ley 600 de 2000 se aplique después del 31 de diciembre de 2008 para delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 desconoce que el Acto Legislativo 03 de 2002 prohibió expresamente la utilización del modelo inquisitivo con posterioridad a la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008). Ello sin contar los problemas que genera en torno a postulados de rango constitucional como el principio de legalidad en materia penal, el respeto de las formas propias de cada juicio, el juez natural y el derecho a la igualdad.

De lo dicho se concluye que no se atacan los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 como tal, sino la interpretación y empleo que se les ha dado por parte de la jurisdicción ordinaria penal y de las demás autoridades que intervienen en los juicios criminales (*derecho viviente*).



Adicionalmente, en la presente demanda también se solicita declarar la inexecutable del inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual los delitos cometidos por los congresistas son investigados y juzgados bajo las reglas del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000). Las razones son esencialmente tres:

(i) Los artículos 175 y 178 de la Constitución regulan el fuero penal de los congresistas, que consiste única y exclusivamente en que la investigación y juzgamiento de los delitos por ellos cometidos corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Pero tales normas, ni ninguna otra de la Carta Política, establecen un régimen procesal penal especial aplicable a los funcionarios en comento. De ahí que su investigación y juzgamiento debe adelantarse bajo modelo general previsto en la Constitución: el sistema penal acusatorio introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma que no previó -ni expresa ni tácitamente- ninguna excepción en relación con los congresistas.

(ii) La exclusión de que trata el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está amparada por la libertad de configuración normativa. En efecto, aunque en virtud de ella se pueden diseñar procedimientos penales especiales (diferentes a los ordinarios) aplicables a la investigación y juzgamiento penal de los congresistas, tales reglas deben responder al único modelo de procesamiento penal constitucionalmente admitido y actualmente vigente: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002). Esto último no lo satisface la aplicación de la Ley 600 de 2000.

(iii) El modelo penal inquisitivo aplicable a los congresistas ha tenido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Y dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados, en particular de la H. Corte Constitucional. Bajo ese contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce mandatos superiores, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, propósito que se ha buscado desde la sentencia C-545 de 2008 y el Acto Legislativo 01 de 2018.

En suma, al inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional por el abierto desconocimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, el exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa y la falta de correspondencia del modelo



inquisitivo con los progresos en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.

Por último, quisiéramos poner de presente que esta es la oportunidad para que la Corte Constitucional haga efectiva la voluntad del Constituyente de terminar, de una vez por todas, la aplicación del modelo inquisitivo en Colombia y dar paso al sistema penal de tendencia acusatoria. No es jurídicamente admisible que después de 19 años de aprobada la reforma constitucional, y de 13 años de su completa implementación, el país continúe aplicando un modelo desueto como lo es el inquisitivo y que tampoco se acopla a los tratados internacionales ratificados por Colombia. Incluso, si nos atenemos al término de duración máxima de las penas (artículo 37 del Código Penal), tendríamos que aceptar que hasta el año 2055 podríamos iniciar procesos bajo las normas de la ley 600 de 2000, e incluso más allá, en los casos de concurso, fecha para la cual habría prescrito la última acción penal, lo cual es absolutamente insostenible tanto ante la comunidad nacional como ante la internacional, lo que hace que sea imprescindible corregir esta situación cuanto antes.

2. NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA

A continuación, transcribimos los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial número 45.658:

*“LEY 906 DE 2004
(agosto 31)*

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

El Congreso de la República

DECRETA

(...)

ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.



Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

(...)

ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”

(i) La **interpretación** que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia le ha dado a los artículos citados -que se impugna a partir de la teoría del *Derecho Viviente*- es la siguiente: los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente. Dicha hermenéutica se encuentra condensada en diferentes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de las que a continuación se reseñan solo algunas:

- **Auto del 11 de febrero de 2013**⁵. Inadmitió una demanda de casación en la que el accionante solicitó declarar la nulidad de su proceso toda vez que fue investigado y juzgado bajo la Ley 600 de 2000 por un delito cometido el **15 de abril de 2005**, fecha para la cual ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004. La Sala de Casación Penal señaló que el sistema penal acusatorio solo entró a operar en Medellín desde el 1º de enero de 2006, y comoquiera que su conducta era previa a dicha fecha, todo el proceso se debía tramitar de conformidad con la Ley 600 de 2000:

“El libelo contiene la particular visión del actor en torno a la época en que debió entrar en vigencia en la ciudad de Medellín el sistema penal acusatorio, tema objeto de amplio debate en las instancias que, además, ya ha sido dilucidado por la Corporación, en el sentido de que la Ley 906 de 2004 empezó a regir de forma escalonada en el territorio colombiano, acorde con los plazos fijados en el artículo 530 de dicha preceptiva.

(...)

En ese orden, tal como lo dispone el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, dicho sistema procesal empezó a operar en la ciudad de Medellín a partir del 1 de enero de 2006, para hechos acaecidos a partir de esa fecha, resultando claro que, contrario a lo pregonado por el libelista, no era el aplicable a hipótesis fácticas ocurridas en ese distrito judicial con antelación a dicha fecha.”

⁴ El último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 (“Los casos de que trata el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”) se subraya y resalta porque la presente demanda también pretende que sea declarado inexecutable por razones autónomas -como se anotó en el acápite de contexto y se explica en detalle más adelante-.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de febrero de 2013. MP. María del Rosario González Muñoz, rad. 40.516.



- **Sentencia del 12 de junio de 2014**⁶. La Sala de Casación Penal analizó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, para lo que necesariamente tenía que determinar si el proceso se regía por la Ley 600 de 2000 o por el sistema penal acusatorio. Respecto de esto último, señaló que los hechos denunciados datan del **13 de diciembre de 2006**, pero debido a que la Ley 906 de 2004 solo empezó a aplicarse en el Distrito Judicial de Barranquilla desde el 1° de enero de 2008, el proceso tenía que tramitarse de conformidad con el modelo inquisitivo (como en efecto sucedió):

“En este caso, se tiene que la demanda involucra un problema de estricto contenido constitucional, que merece ser atendido de fondo por la Sala. En efecto, el actor en su sencillo escrito, sostiene de forma concreta que el Juzgado de conocimiento fijó la pena aplicando el incremento punitivo consagrado en una norma que no era aplicable al asunto, con lo cual se acredita que no intenta seguir discutiendo el mismo objeto del proceso penal, esto es, su responsabilidad en el delito, aunque precisa la ausencia de pruebas para acreditar la edad de la menor como el examen sexológico, no realiza argumento de cara a desvirtuar su responsabilidad ya que de ser así la acción de tutela sería improcedente en la medida que dichos temas debieron ser discutidos en las instancias ordinarias, en tanto lo que realmente advierte son las irregularidad en la pena, aspecto que serán motivo de pronunciamiento.

Hecha la anterior precisión y descendiendo al caso puesto en consideración del Juez de tutela, basta con revisar la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Soledad (Atlántico), para advertir que se le está vulnerando al actor el derecho al debido proceso, al establecerse que incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela -defecto sustantivo-en la medida que el fallador se equivocó al tener en cuenta las previsiones del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, cuando las mismas no son aplicables a los procesos que se tramitan por el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

En efecto: como los hechos denunciados tuvieron ocurrencia el 13 de noviembre de 2006, fecha para la cual no se había implementado el sistema acusatorio en el distrito Judicial de Barranquilla, en tanto su ejecución se originó a partir del 1° de enero de 2008 en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, luego el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, solo resulta aplicable a los asuntos regidos por el sistema penal acusatorio, que no es el caso de CESAR ANTONIO ESCORCIA COMAS, si se tiene en cuenta que el procedimiento que reguló el asunto fue el previsto en la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP7531-2014 del 12 de junio de 2014. MP. José Luis Barceló Camacho, rad. 74.205.



- **Sentencia del 27 de enero de 2016**⁷. La Sala de Casación Penal, al igual que en el fallo anterior, verificó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, por lo que tuvo que pronunciarse acerca del régimen procesal aplicable al caso. Sostuvo que el delito se cometió el **11 de diciembre de 2006** en Yacopí (Cundinamarca), de modo que correspondía adelantar todo el proceso bajo la Ley 600 de 2000 debido a que para esa fecha el Distrito Judicial de Cundinamarca no había implementado el sistema penal acusatorio:

“La norma de aumento de penas en mención sólo resulta aplicable en los casos en que los hechos ocurrieran en aquellos Distritos Judiciales en los cuales gradualmente se fue implementando el sistema penal acusatorio regulado en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

En el presente caso, los sucesos acaecieron el 11 de diciembre de 2006 en jurisdicción territorial del municipio de Yacopí, Cundinamarca. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el esquema procesal penal allí previsto empezó a aplicarse en dicho Departamento a partir del 1º de enero de 2007. De ahí, precisamente, que este proceso se haya tramitado bajo la égida de la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

Huelga anotar que, en este caso la persecución penal inició el 13 de julio de 2009. Es decir, después de que el sistema penal acusatorio entrara en plena vigencia (31 de diciembre de 2008).

- **Sentencia del 4 de abril de 2019**⁸. El accionante alegó la violación de su derecho al debido proceso porque se le investigó y juzgó bajo las reglas de la Ley 600 de 2000 a pesar de haber cometido la conducta delictiva en el **año 2007**. La Sala de Casación Penal descartó la vulneración aducida porque los hechos ocurrieron en el municipio de San Alberto (Cesar), que pertenece al Distrito Judicial de Valledupar. Y dado que en este último la Ley 906 de 2004 empezó a aplicarse desde el 1º de enero de 2008, era preciso que el accionante fuera investigado y juzgado de conformidad con el sistema inquisitivo:

“5. Al momento de proferirse la ley 906 de 2004, el Legislador quiso que el nuevo sistema penal que allí se adoptaba empezara a regir de manera paulatina en todo el país, motivo por el cual en el artículo 530 de la referida legislación indicó:

‘ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP488-2016 del 27 de enero de 2016. MP. Gustavo Enrique Malo Fernández, rad. 38.151.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP4566-2019 del 4 de abril de 2019. MP. Luis Guillermo Salazar Otero, rad. 103.698.



distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, **entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.** (subrayas fuera de texto).

6. Visto lo anterior, puede concluir la Sala que no le asiste razón al impugnante en sus reclamaciones, toda vez que su conducta fue ejecutada en el municipio de San Alberto, el cual pertenece al distrito judicial de Valledupar, lugar donde la Ley 906 de 2004 empezó a implementarse el 1° de enero de 2008 y no en el año 2005, como lo reclama el actor.

Luego al haber ejecutado su conducta delictual en el año 2007 en una región donde aún no se encontraba en vigencia la ley procedimental acusatoria, su causa penal debía ser tramitada bajo los lineamientos de la ley 600 de 2000, como efectivamente ocurrió, descartándose con ello cualquier afrenta a su debido proceso por indebida aplicación de la ley procesal. (Subrayado fuera de texto)

La tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha conllevado a que hoy en día se inicien procesos por presuntos delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 bajo el régimen previsto en la Ley 600 de 2000. Eso a pesar de que, por mandato expreso del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el sistema penal acusatorio entró en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008⁹.

(ii) De otra parte, el último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 ("Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000") se demanda por razones autónomas e independientes que se exponen con detalle más adelante (quinto cargo).

⁹ "Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. **El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto)



3. ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)

La presente demanda de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, en el fondo no se cuestionan dichas disposiciones como tal, sino la interpretación que de ella han hecho jueces, fiscales y magistrados (en particular la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia). De ahí que sea necesario: (i) realizar unas breves consideraciones en torno a la teoría del derecho viviente, desarrollada por la Corte Constitucional para examinar la compatibilidad de interpretaciones normativas con la Carta Política; y (ii) explicar por qué en el caso concreto se cumplen los requisitos para aplicar dicha teoría.

Es del caso precisar que la teoría del derecho viviente es relevante a efectos de analizar la constitucionalidad de la lectura dada a los artículos anotados, que no en relación con el examen que deba recaer sobre la expresión que se demanda del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, cuyas razones de inconstitucionalidad -se reitera- son autónomas e independientes.

3.1 LA TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En principio, el control abstracto de constitucionalidad está diseñado para examinar la compatibilidad de las disposiciones emanadas del Congreso de la República con la Carta Política. No obstante, dichas disposiciones no tienen un contenido o sentido unívoco, sino que los operadores judiciales se encargan de interpretarlas y darles un alcance determinado. Y a la postre es aquel entendimiento el que resulta jurídicamente relevante en tanto es el aplicado para decidir los asuntos sometidos a conocimiento de la Administración de justicia. Es por esa razón que la Corte Constitucional ha admitido la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la interpretación que se ha realizado (principalmente por los órganos de cierre de cada jurisdicción) de ciertas disposiciones. Esto último es conocido como la teoría del derecho viviente.

Los argumentos centrales que sustentan la teoría en comento están reseñados en la sentencia C-557 de 2001, decisión hito sobre el particular pero que la Corte ha reiterado en decisiones posteriores, incluso recientes. A continuación, me permito transcribirlos:

"5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma



fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales– se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237-1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

5.2.3. Igualmente, el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto).

La postura bajo análisis ha sido reiterada en sentencias tales como la C-015 de 2018, en la que se afirma que “es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a las normas que surgen de interpretaciones abiertamente contrarias a la Constitución Política, a través del concepto de derecho viviente”. En



dicho fallo la Corte Constitucional diferencia los términos de “disposición” y “norma”, en el entendido que el primero corresponde al texto expedido por el Congreso de la República y recogido en un artículo, mientras que el segundo es el contenido que se le ha otorgado como consecuencia de la interpretación judicial. Asimismo, reitera la necesidad de que el control constitucional recaiga sobre el alcance dado a las disposiciones por los órganos de cierre (normas) y no sobre un sentido hipotético del texto acusado:

“Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma no es la disposición, sino el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y en algunos casos para llegar a ella hace falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho estático de los textos (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados.”

La doctrina del derecho viviente exige a la Corte realizar sus análisis de constitucionalidad sobre interpretaciones que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina), excluyendo aquellas posiciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes. El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.” (Subrayado fuera de texto).

De manera reciente, y en línea con la teoría del derecho viviente, mediante Auto del 7 de diciembre de 2020 se admitió la demanda presentada por un ciudadano contra la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 24 de la Ley 640 de 2001, contenida en fallo de unificación del 24 de noviembre de 2014¹⁰. Sostiene la providencia:

“Señala el accionante que según la jurisprudencia es viable ejercer el control de constitucionalidad sobre la interpretación uniforme de una disposición legislativa, denominada doctrina del derecho viviente, argumento que goza de toda certeza, en tanto, el juicio de responsabilidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla, como ocurre en el caso de la norma demandada -artículo 24, Ley 640 de 2001-, interpretada por el Consejo de Estado en la sentencia unificadora ya referida que se muestra consistente, consolidada y relevante, y frente a la cual, el juez”

¹⁰ Expediente D-14049. Magistrado Sustanciador: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Sentencia C-214 del 8 de julio de 2021 (pendiente de publicación).



constitucional puede efectuar válidamente el análisis crítico del sentido normativo fijado jurisprudencialmente, pues a la Corte le es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a interpretaciones contrarias a la Constitución Política"
(Subrayado fuera de texto).

Por último, es necesario señalar los requisitos que la Corte Constitucional ha fijado para admitir el examen abstracto en relación con las interpretaciones dadas por las autoridades judiciales a las normas de derecho positivo, a saber¹¹: (i) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (ii) la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y (iii) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

3.2 LA INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 530 Y 533 DE LA LEY 906 DE 2004 REALIZADA POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En la presente demanda se cuestiona no la literalidad de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, sino la manera como la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia la han entendido y aplicado (hermenéutica normativa que debe ser observada por los fiscales, jueces y magistrados de la República). La interpretación en cuestión es pasible de control constitucional dado que emana del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal (art. 234 CP) y además se cumplen los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para dar aplicación a la teoría del derecho viviente. Veamos.

(i) La interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a las disposiciones demandadas es consistente. En efecto, en diferentes providencias ha reiterado la tesis de que el estatuto procesal aplicable (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) para los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 responde al factor de gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio. Tal postura no ha sido objeto de modificaciones o modulaciones relevantes sino que ha mantenido invariable en el tiempo.

(ii) La hermenéutica bajo examen está consolidada. Prueba de ello es que existen más de tres (3) decisiones que la acogen y que la Sala de Casación Penal la utiliza para

¹¹ Sentencias C-557 de 2001, C-193 de 2016, C-015 de 2018, entre otras.



resolver diferentes asuntos: nulidades planteadas en sede de casación, aspectos sustanciales -como el aumento de penas contemplado en la Ley 890 de 2004- conexos al régimen procesal, acciones de tutela, entre otros.

Los juzgados y los Tribunales Superiores también acogen la lectura normativa en cuestión. Esto se concluye a partir de las providencias de la Sala de Casación Penal que avalan los procesos adelantados por dichas instancias bajo la Ley 600 de 2000 cuando el delito se cometió después del 1° de enero de 2005, pero antes de que el sistema penal acusatorio fuera implementado en el lugar de los acontecimientos. Ello confirma que, en general, la jurisdicción ordinaria penal se decanta por la tesis que aquí se discute. Y por si fuera poco la Fiscalía General de la Nación también actúa de conformidad con el planteamiento que se cuestiona, tal y como se reseñó en el primer acápite de la presente demanda.

(iii) La hermenéutica de la Sala de Casación Penal a los artículos demandados es relevante para determinar el alcance de los mismos, así como sus efectos. Por años, a partir de tal hermenéutica se ha determinado cuál es régimen procesal aplicable a los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, decisión con una altísima trascendencia considerando que el modelo inquisitivo y el sistema penal acusatorio tienen diferencias mayúsculas que afectan directamente garantías fundamentales como la libertad y el debido proceso. Pero, además, es relevante en tanto que desafía la prohibición contenida en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002: después del 31 de diciembre de 2008, los delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 no pueden ser perseguidos bajo las normas del sistema inquisitivo.

Dado que se satisfacen los requisitos fijados por la jurisprudencia para analizar la constitucionalidad de la interpretación de una disposición (derecho viviente), respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional analice la hermenéutica que aquí se cuestiona de conformidad con los cargos que se desarrollan a continuación.

4. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las normas demandadas, entendidas en la manera expuesta, desconocen los artículos 1° (principio de estado unitario), 13 (igualdad), 29 (principio de legalidad penal, principio de respeto de las formas propias de cada juicio y principio de juez natural), 150-2 (libertad de configuración legislativa de las normas procesales) y 299 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, así como los artículos 2° (elementos mínimos del sistema penal acusatorio) y 5° (ámbito de aplicación del sistema penal acusatorio) del Acto Legislativo 03 de 2002.



5. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la forma que lo ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -y en general la jurisdicción ordinaria penal y la Fiscalía General de la Nación-, son inconstitucionales porque vulneran los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política, al igual que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Para sustentar lo anterior, se formulan los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

- **CARGO PRIMERO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.
- **CARGO SEGUNDO.** Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la Constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.
- **CARGO TERCERO.** Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- **CARGO CUARTO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1° y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron
- **CARGO QUINTO.** El inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción prohibida por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.

A continuación, explicamos en detalle cada uno de los cargos enunciados.



5.1 CARGO PRIMERO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN QUE EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 DETERMINÓ QUE A PARTIR DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2008 NO PUEDE APLICARSE EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO PARA DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1º DE ENERO DE 2005.

El Acto Legislativo 03 de 2002 previó que el sistema penal acusatorio entraría en plena vigencia, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008. La consecuencia natural de lo anterior es que a partir de dicha fecha dejaría de tener cabida la aplicación del modelo inquisitivo para adelantar procesos penales. Pero la realidad fue distinta y después del 31 de diciembre de 2008 se ha seguido empleado el régimen previsto en la Ley 600 de 2000 para perseguir delitos que deben ser tramitados con arreglo a la Ley 906 de 2004 al haberse cometido luego del 1º de enero de 2005 (cuando el modelo penal acusatorio entró en vigencia en todo el país, aunque su implementación fue escalonada). Lo anterior, a raíz de la interpretación que la jurisdicción ordinaria penal, y en especial la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, le ha dado a los artículos 530 y 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

No obstante, la hermenéutica que sirve de sustento para dicha práctica desconoce abiertamente que el Acto Legislativo 03 de 2002 pretendió que el 31 de diciembre de 2008 entrara en vigencia un sistema penal de tendencia acusatoria, esto es, sin coexistencia del modelo inquisitivo (salvo en lo relativo a los delitos cometidos por los congresistas). De ahí que estamos frente a una interpretación normativa inconstitucional que debe ser retirada del ordenamiento jurídico para en su lugar dejar claro que desde el 31 de diciembre de 2008, es constitucionalmente inadmisibles que delitos ejecutados a partir del 1º de enero de 2005 sean perseguidos conforme a las normas del sistema penal inquisitivo.

5.1.1 El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano.

El Acto Legislativo 03 de 2002 significó un cambio radical en el sistema penal colombiano. Mediante dicha norma, se quiso dejar atrás -de una vez por todas- el antiquísimo modelo de juzgamiento inquisitivo para dar paso al sistema penal acusatorio. En este último se crearon los jueces de garantías, se limitaron las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación (por ejemplo, se le quitó la facultad de ordenar y mantener la privación de la libertad de una persona), se reafirmaron principios esenciales como la presunción de inocencia y el debido proceso, se incluyeron otros como la oralidad y la inmediación, por citar solo los algunos aspectos relevantes.



Los nuevos elementos introducidos por la reforma constitucional no solo eran numerosos, sino que también tomaban un tiempo considerable para ser implementados. En especial porque la transición no era fácil debido a las características del antiguo modelo de investigación y juzgamiento penal, en su mayoría incompatibles con el sistema penal acusatorio. Por esa razón, el Constituyente derivado dispuso que la ley determinara el inicio de la vigencia del nuevo régimen procesal penal, así como su aplicación gradual y sucesiva por Distritos Judiciales. Pero, además, fijó un límite temporal para que el modelo acusatorio entrara en plena vigencia: el 31 de diciembre de 2008. Lo anterior fue estipulado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002:

“Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.”

Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4° transitorio, velará por su cumplimiento.”

Fíjese que el propio parágrafo transitorio de la disposición citada explicita las razones de ser de la gradualidad, que corresponden a motivaciones de orden económico, técnico y logístico. De esto último también dan cuenta los informes de ponencia rendidos en el Senado de República al momento de discutir el entonces proyecto de reforma constitucional:

“IV. Régimen de transición hacia el nuevo sistema

Compartimos con el gobierno el plazo prudencial de cuatro años a partir de la promulgación del Proyecto de Acto Legislativo número..., para permitir el proceso de transición hacia la implementación de un sistema de corte acusatorio en el procedimiento penal colombiano, la adopción de juicios orales, públicos y contradictorios, y la aplicación de la doble instancia en los procesos ante la Corte Suprema de Justicia. En este término se deberá llevar a cabo foros gubernamentales, discusiones académicas y publicidad a través de los medios, para enterar a los funcionarios del aparato judicial y a la ciudadanía sobre la reforma, y para adelantar las reformas de infraestructura que se necesiten, entre otras para la adecuación de las salas de audiencias para los juicios orales.”¹²

¹² Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 148 y 157 de 2002.



Adicionalmente, de las discusiones al interior del Congreso de la República se concluye que el régimen de gradualidad fue diseñado para permitir la aplicación concurrente el modelo inquisitivo y del acusatorio mientras este último se terminaba de implementar. Empero, también se hace evidente la intención del Constituyente de superar la dualidad de sistemas para dar paso a un sistema penal acusatorio. Ello de suyo significa que el propósito era (es) que terminado el periodo de transición, solo continuara en funcionamiento el nuevo modelo de investigación y juzgamiento:

"Es por eso señor Fiscal General de la Nación, que nosotros consideramos que al momento de debatir este acto legislativo estamos haciendo justicia en Colombia, estamos garantizando que hay un adecuado equilibrio al momento de procesar penalmente a la totalidad de los colombianos como quiera que es una reforma novedosa al sistema penal colombiano no puede imperar de golpe, tiene necesariamente que existir la gradualidad al momento de su aplicación y es por eso, que se deja un lapso de tiempo para que progresivamente se vaya implementando la transformación del sistema mixto a sistema acusatorio puro en Colombia."¹³ (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo pretendido por el Constituyente derivado, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002 creó un periodo de transición en que el debían coexistir los modelos inquisitivo y acusatorio, pero culminado dicho lapso debe imperar el sistema introducido por la reforma constitucional:

"Por virtud del mecanismo gradual y sucesivo de implementación establecido en el artículo 5º del Acto Legislativo, se presentarán tres (3) etapas distintas en el proceso de materialización del nuevo sistema acusatorio: (i) entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1º de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1º de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en 'plena vigencia' el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país."¹⁴

En la sentencia T-1211 de 2005 la Corte Constitucional reiteró que la gradualidad y sus alcances se limitan a aspectos propios de la progresiva implementación del sistema. Luego, es claro que finalizada la incorporación del modelo acusatorio en el territorio nacional, las normas que regularon la gradualidad cesaron efectos. Adicionalmente, puso de presente que debe distinguirse entre la implementación y la vigencia del novedoso sistema penal:

¹³ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 50 de 2003.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-873 de 2003.



“A pesar de que el Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la gradualidad en su aplicación, debe recalcar que esa restricción no implica que los principios y valores en que se funda la organización estatal queden suspendidos mientras se alcanza la implementación plena del sistema adoptado por tal enmienda. Así, habida cuenta que el constituyente de 1991 adoptó la forma de República unitaria para el Estado colombiano, la gradualidad establecida en el Acto Legislativo 03 de 2002 debe entenderse limitada a aquellos aspectos propios de la progresiva implementación del sistema, pero no puede desconocer la vigencia en todo el país de las normas expedidas por el legislador ordinario con base en dicho acto reformativo de la Carta.” (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se concluye que: (i) el objetivo del Acto Legislativo 03 de 2002 fue acabar con el sistema penal inquisitivo para dar paso a un sistema penal de tendencia acusatoria, es decir, que no coexistiera con el antiguo modelo sino que fuera el único aplicado en Colombia; (ii) la definición el inicio de la vigencia de este último fue delegada a la ley; (iii) comoquiera que la incorporación de nuevo modelo suponía cambios estructurales -tanto físicos como recursos humanos-, se previó implementarlo de manera gradual; (vi) aunque la aplicación es progresiva, la vigencia del sistema penal acusatorio fue uniforme en todo el territorio nacional; y (v) en todo caso, el sistema penal acusatorio debía entrar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, de modo que desde esa fecha es constitucionalmente inadmisibles iniciar procesos bajo la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000.

Resta entonces por dilucidar dos aspectos importantes. El primero es desde cuándo la ley determinó que entraría a regir el novedoso modelo. El segundo refiere al plan diseñado por el Legislador para su implementación gradual. Ambos se analizan a continuación.

5.1.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 regulan lo relativo a la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, así como el inicio de la vigencia del nuevo modelo de investigación y juzgamiento, respectivamente. Ambas disposiciones desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 (vigencia) dispuso que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 tienen que ser investigados y juzgados de conformidad con las reglas del sistema penal acusatorio. Consagró una única excepción: aquellos punibles presuntamente cometidos por los congresistas deben continuarse investigando y juzgando según las normas de la Ley 600 de 2000. Dice la norma:



“ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 10. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”

Por su parte, el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 estableció cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales para implementar el sistema penal acusatorio de manera gradual. El primero debía aplicarlo desde el 1° de enero de 2005, mientras que el último debía incorporarlo desde el 1° de enero de 2008. En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el nuevo modelo debía entrar en plena vigencia -a más tardar- el 31 de diciembre de 2008:

“ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.”

Durante el trámite legislativo del ahora Código de Procedimiento Penal se dio a conocer que la selección de los grupos de Distritos Judiciales se realizó a partir de consideraciones de orden logístico y técnico. Así lo expuso el entonces Fiscal General de la Nación:

“El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Joaquín Vives:

Muchas gracias, quisiera conocer de los ponentes y de quienes concertaron, cuáles fueron los criterios para seleccionar unos distritos judiciales y otros no, o sencillamente fue discrecional, fue al azar, o sea por qué no comenzaron con el del Cauca, con el de Santa Marta, en fin, con otros diferentes de los que se señalaron ahí.

El señor Presidente concede el uso de la palabra al señor Fiscal General de la Nación:

Gracias, Presidente, honorable Representante: la Fiscalía venía trabajando desde hace tiempo la consideración de algunas áreas donde debería implementarse el sistema, en propuesta al Consejo de la Judicatura, se habían señalado primero dos áreas distintas, eran Bogotá y Medellín, el Consejo de la Judicatura, hizo algunas observaciones, algunas



recomendaciones, exhibió algunos documentos y algunas estadísticas y pidió que aplazáramos Medellín y que en su lugar pusieramos los tres departamentos del Eje Cafetero, que tiene unas connotaciones específicas, son unas ciudades intermedias, tienen buenas vías de comunicación, la parte de la municipalidad está bien organizada, los Palacios de Justicia tienen la posibilidad de una adaptación de salas, que son alrededor de unas cuarenta y cinco, en forma relativamente fácil y pronta.

Lo de Bogotá básicamente se originó en la reflexión de que precisamente en la hermana República de Chile habían empezado a prever el sistema, por los sitios donde menos connotación y efecto podía producir la reforma y se ha presentado el fenómeno de que hubieran podido aprovechar mejor las ventajas comparativas de la ciudad capital, donde tienen todas las fortalezas de la Academia, de la administración más directamente por parte de los organismos centrales y la cúpula de la función de la rama, por la facilidad que tiene de aprovecharse el conjunto o el número plural de los servidores, en este caso los jueces, para poderle hacer elementos de economías de escala en materia de recurso humano y desde luego porque Bogotá viene desde hace mucho tiempo también recibiendo la mayor cantidad de capacitación, por ejemplo el sistema de oralidad, hay cerca de setecientos servidores que ya han recibido esa calificación y por fenómenos que pueden resultar aborrecibles de todas maneras son y es que por acá por la capital, se han iniciado muchas de las capacitaciones y de los beneficios principales.

Para la segunda etapa del año siguiente, pues vendría la parte de la Costa, que me parece que es un tema también importante de definir y básicamente dejaríamos para el tercer y cuarto año, la parte de los nuevos departamentos y las zonas más alejadas, muchas gracias.”¹⁵

En ese orden de ideas, tenemos un sistema penal acusatorio con vigencia desde el 1° de enero de 2005, pero con aplicación diferida en el tiempo y por Distritos Judiciales, situación que se puede resumir en la siguiente premisa: para el 1° de enero de 2005 el modelo estaba vigente en todo el país, pero parcialmente implementado. Se diferencia entonces entre vigencia del sistema penal acusatorio (la cual fue uniforme en todo el territorio nacional) y la progresiva aplicación del mismo por razones estrictamente técnicas.

La necesaria, aunque particular, solución adoptada por el Constituyente derivado y por el Legislador generó que durante el periodo de transición coexistieran la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 dependiendo del Distrito Judicial del que se tratara. Pero una vez el sistema penal acusatorio entró en pleno funcionamiento (31 de diciembre de 2008), lo natural y jurídicamente correcto era que el modelo inquisitivo cesara su aplicación de una vez por todas (excepto para los casos de los congresistas).

¿Qué significa la plena entrada en funcionamiento de la ley 906 de 2004?

¹⁵ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 54 de 2004.



Significa que a partir del 31 de diciembre de 2008 es constitucionalmente inadmisibile investigar, instruir y juzgar cualquier delito cometido desde el 1° de enero de 2005 bajo el esquema contemplado en la Ley 600 de 2000. Ello a su vez implica que los presuntos delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 en un Distrito Judicial en el que aún imperaba el modelo inquisitivo, pero cuya persecución inició luego del 31 de diciembre de 2008, solo pueden investigarse, instruirse y juzgarse de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal del 2004.

No obstante, actualmente la gradualidad explicada ha sido interpretada por parte de la Fiscalía General de la Nación y de la jurisdicción penal ordinaria, encabezada por la Sala de Casación Pena, como sinónimo de vigencia o de no derogatoria de la Ley 600 de 2000, lo cual es incompatible con la Constitución. Esto a pesar de la literalidad del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el cual derogó el modelo anterior para todos los delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005 (excepto en el caso de congresistas). En otras palabras, la implementación progresiva del sistema penal acusatorio no se ha entendido como una coexistencia de regímenes procesales que se limita al periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2008, sino que ha servido para hoy en día -19 años después de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, 16 años después de proferida la Ley 906 de 2004 y a 12 años de su plena entrada en funcionamiento- justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.

¿Cuál es la razón de la hermenéutica descrita?

Se argumenta que para la época de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en los Distritos Judiciales del país, salvo los de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Así, se le ha otorgado efectos ultractivos a las normas originales de la Constitución referentes al modelo de instrucción y juzgamiento penal y a la Ley 600 de 2000. Ello con la gravosa consecuencia de permitir que la Fiscalía General de la Nación -órgano no jurisdiccional- disponga, por ejemplo, de la libertad de la persona investigada en detrimento de los postulados de la Carta Política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el acápite siguiente se ahonda en la anomalía hermenéutica advertida y se explica por qué es inconstitucional.

5.1.3 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.



El régimen de transición ordenado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 (desarrollado por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004) tenía un límite temporal: el 31 de diciembre de 2008. Desde ese momento, ninguna autoridad podía iniciar causas penales bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. La razón es simple: a partir de allí, todo el país habría implementado el sistema penal acusatorio y, en consecuencia, no existiría impedimento alguno (fáctico, logístico o jurídico) para hacer uso de él.

Sin embargo, lo cierto es que después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha continuado abriendo procesos en el marco de la Ley 600 de 2000 con ocasión de punibles ejecutados luego del 1° de enero de 2005. Y lo que es peor aún, dicho aval fue y sigue siendo respaldado por la justicia ordinaria penal. En concreto, desde temprano la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sentó jurisprudencia al respecto y desde entonces ha sostenido de manera consistente lo siguiente: aunque el delito fue cometido después del 1° de enero de 2005, como para la fecha de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente, el punible tiene que juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000. Esto lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.

Es decir, para la Sala de Casación Penal no resulta relevante que la Ley 906 de 2004 ya hubiera sido incorporada al respectivo territorio judicial para cuando comenzó el proceso, sino solo el hecho de que no estaba implementada en el momento en el que se cometió el delito. A partir de esta tesis es que en años recientes se han podido iniciar investigaciones que se surten de conformidad con la Ley 600 de 2000, como las seguidas contra los señores Julio Enrique Acosta, Trino Luna Correa, Aníbal Gaviria, entre otros.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, desconocen abiertamente el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002. En particular, vulneran dos ejes centrales de la norma constitucional:

- (i) La entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, fecha precisada por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004; y
- (ii) La fecha máxima de implementación del nuevo modelo, que corresponde al 31 de diciembre de 2008.

Procedemos a explicar lo anterior:

- El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 es claro en señalar que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara la ley, pero que en todo caso debía estar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008. En cumplimiento de lo

anterior, la Ley 906 de 2004 dispuso que el nuevo modelo aplicaría para todo delito ejecutado luego del 1° de enero de 2005, fecha en la que sistema penal acusatorio entró a regir en todo el territorio nacional aunque en ese entonces no estaba por completo implementado en los diferentes Distritos Judiciales del país. Esto último se lograría, por tarde, el 31 de diciembre de 2008.

- La regla general es que todo delito cometido después del 1° de enero de 2005 sea investigado, instruido y juzgado dentro del sistema penal acusatorio, tal como lo ordena el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 en concordancia con el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

- La regla anterior tiene, en principio, dos excepciones. La primera es una permanente y se refiere a los delitos cometidos por los congresistas, que serán tramitados bajo el modelo de la Ley 600 de 2000. La segunda es de carácter transitorio, consistente en que dependiendo del grupo de implementación al que pertenecía el Distrito Judicial donde se cometía el punible, los delitos cometidos entre el 1° de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008 por personas distintas a los congresistas eran procesados conforme a las reglas del régimen inquisitivo.

- Finalizada la implementación escalonada del nuevo esquema (lo que sucedió el 31 de diciembre de 2008), desapareció toda justificación válida para continuar aplicando el modelo inquisitivo a delitos que por la fecha en la que fueron cometidos deben ser investigados y juzgados de conformidad con la Ley 906 de 2004. Desde entonces, la excepción transitoria también perdió toda vigencia y aplicación.

- La voluntad del Constituyente derivado fue que entre los años 2005 y 2008 existiera un sistema mixto, **y que a partir del 31 de diciembre de 2008 solo se aplicara el modelo acusatorio**. El Legislador también tuvo la misma intención cuando diseñó el sistema de escalonamiento previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Y en ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C-873 de 2003 y T-1211 de 2005, según se reseñó previamente. En consecuencia, comoquiera que el delito se cometió de manera posterior al 1° de enero de 2005, la única opción constitucionalmente admisible es aplicar los postulados del sistema penal acusatorio.

En ese orden de ideas, después del 31 de diciembre de 2008 es extraña, irrazonable e inconstitucional cualquier aplicación del régimen de transición para justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. De ahí que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados de la manera que se cuestiona, devienen contrarios a la Carta Política.

El régimen de transición al que la Sala de Casación Penal ha acudido para sustentar su tesis se previó para evitar traumatismos en la implementación del sistema penal



acusatorio y adaptar poco a poco la Rama Judicial para asumir la carga derivada de la incorporación del nuevo modelo. Sin embargo, desde el 31 de diciembre de 2008 desaparecieron los motivos logísticos que dieron origen a la implementación escalonada en tanto que ese día el sistema penal acusatorio quedó por completo incorporado. Luego, la Sala de Casación Penal funda su postura en una disposición cuya vigencia y fundamento fáctico decayeron hace más de 12 años, lo que es contrario al ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 todo presunto delito cometido luego del 1º de enero de 2005 tiene que ser procesado de conformidad con la Ley 906 de 2004.

5.2 CARGO SEGUNDO. LOS ARTÍCULOS CUESTIONADOS, INTERPRETADOS EN LA MANERA SEÑALADA, DESCONOCEN EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL IMPEDIR QUE DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1º DE ENERO DE 2005 SEAN JUZGADOS SEGÚN LAS FORMAS CORRESPONDIENTES

El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, el cual se compone de diferentes garantías. Para efectos del presente cargo, resultan especialmente relevantes el principio de legalidad penal y el principio de respeto por las formas propias de cada juicio. Ambos exigen, entre otros aspectos, que cada delito sea juzgado conforme a leyes preexistentes y vigentes, incluyendo las de procedimiento.

En el caso concreto, lo anterior se traduce en que debe respetarse el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y es que a partir de la primera fecha anotada entró en pleno funcionamiento el sistema penal acusatorio. Empero, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, entendidos en manera que se cuestiona, generan que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1º de enero de 2005. Ello desconoce los principios antes señalados y, por tanto, el artículo 29 de la Carta Política en los términos que se explican a continuación.

5.2.1 Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.

El artículo 29 de la Carta Política inicia con la premisa de que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Acto seguido dispone



que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Lo anterior corresponde al principio de legalidad en materia penal.

La Corte Constitucional ha explicado que, en general, el principio de legalidad penal exige al Legislador: (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; (iii) precisar las autoridades competentes; y (iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso¹⁶. La expedición de las normas adjetivas tiene además una estrecha relación con el derecho a ser juzgado según las formas propias de cada juicio, cuyo contenido es el siguiente:

“El debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial.”¹⁷.

Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que “la importancia de estas reglas deviene no solamente del hecho de que ellas incorporan la pretensión de proscripción de la arbitrariedad judicial o administrativa en los procedimientos, sino además la de investir de neutralidad las reglas y el procedimiento judicial o administrativo como medio para la realización, en esos ámbitos, del principio de igualdad”¹⁸.

En materia penal, las normas procesales cobran aún mayor relevancia porque de su estricta observancia depende no solo la plena garantía del derecho al debido proceso, sino también de otros derechos fundamentales como la libertad de la persona investigada. De ahí que sea necesario preguntarse, ¿cuál es la ley procesal aplicable a los juicios criminales? La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el trámite penal debe adelantarse conforme a las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, las cuales pueden variar en el tiempo, **y no solo de acuerdo con las preexistentes a la comisión del delito**. Veamos.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-140 de 1995. Ver también las sentencias C-798 de 2003, T-1097 de 2005, entre otras.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-340 de 2006.



En la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional explicó de manera amplia y suficiente que las leyes procesales prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir y, en consecuencia, a partir de entonces aplican a los trámites en curso. Lo anterior, debido a que el proceso es una situación continua que no genera derechos adquiridos, por lo que no existe razón alguna para impedir que las nuevas normas adjetivas sean aplicadas de manera inmediata. Dicha regla solo es limitada por el principio de favorabilidad penal y el respeto de los actos procesales surtidos bajo la ley antigua:

"En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

(...)

5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme."

La anterior tesis ha sido reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-763 de 2002, SU-516 de 2019, entre otras. Y es en virtud de ella que, por ejemplo, en materia civil,



624 de la Ley 1564 de 2012) y contenciosa administrativa (art. 86 de la Ley 2080 de 2021) se ha estipulado que las nuevas disposiciones procesales aplican desde su entrada en vigencia, salvo para aspectos específicos como los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que han iniciado a correr, entre otros.

Sin embargo, en la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional fue aún más allá y resolvió el siguiente interrogante: ¿los juicios criminales deben surtirse únicamente conforme a las reglas procesales preexistentes a la comisión del delito? Frente a esto, precisó que cuando el artículo 29 de la Carta Política se refiere a “*leyes preexistentes*”, alude a las de contenido sustancial y no a las procesales. En consecuencia, las normas adjetivas aplicables a los juicios criminales no se limitan a las vigentes antes de la realización del punible, sino que son todas aquellas que entren a regir mientras el proceso esté en curso:

“7. En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, merece comentario especial la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ y el alcance que dicha expresión tiene en relación con los efectos de las leyes procesales en el tiempo. Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son ‘preexistentes al acto que se le imputa.’”

En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las ‘leyes preexistentes’ a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato.”

En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, según el cual “*la ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.”* (subrayado fuera de texto). Para justificar su decisión, replicó el argumento contenido en la sentencia C-619 de 2001, previamente transcrito. En sus palabras:

“A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia [C-619 de 2001] puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de la legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos de los ciudadanos.”



adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.

En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.

Así las cosas, en la medida en que la regla general anotada no desconoce derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 58 C.P.), el texto del artículo 40 de la ley 153 de 1887 que así la establece, se ajusta a la Constitución. Obviamente en la aplicación de la norma deberá respetarse el principio de favorabilidad penal (artículo 29 C.P.)." (Subrayado fuera de texto)

De lo expuesto por la Corte Constitucional se concluye que: (i) en virtud del principio de legalidad, toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme a las formas propias de cada juicio; (ii) la ley adjetiva aplicable a un proceso puede variar durante el transcurso de este, y será la nueva legislación la que lo continúe guiando; (iii) la anterior regla aplica incluso para los procesos penales, toda vez que la expresión "leyes preexistentes" contenida en el artículo 29 de la Constitución se refiere únicamente a aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas; y (iv) en consecuencia, no es constitucionalmente admisible alegar que un juicio criminal se tiene que adelantar solo conforme a la ley adjetiva existente antes de la comisión del delito, puesto que el proceso se debe seguir de acuerdo con todas aquellas que entren a regir mientras esté en curso.



5.2.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.

En términos de procedimiento penal, y para efectos de la presente demanda, son relevantes dos normas, a saber:

(i) El Acto Legislativo 03 de 2002, cuyo artículo 5° dispuso que el sistema penal acusatorio entraría en vigencia cuando así lo determinara la ley. También señaló que aquel debía estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.

(ii) La Ley 906 de 2004, que en su artículo 533 previó que el sistema introducido por la reforma penal es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005.

En ese orden de ideas, para el asunto que nos concierne, el cumplimiento del principio de legalidad -y en concreto la observancia de las formas propias de cada juicio- exige que todo punible ejecutado después del 1° de enero de 2005 tiene que ser investigado y juzgado según las normas propias del sistema penal acusatorio. Ahora, para efectos del régimen procesal aplicable, ¿tiene relevancia el hecho de que haya sido cometido cuando aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente? En lo absoluto. Y justo aquí es donde no solo yerra la interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a los artículos demandados, sino que también demuestra su carácter de inconstitucional. Existen dos argumentos que sustentan lo anterior.

Primero. El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que el nuevo modelo debía entrar en vigencia cuando así lo determinara la ley. En cumplimiento de ello, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 previó que el procedimiento acusatorio sería aplicable a todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, salvo aquellos ejecutados por los congresistas (lo que se examina en el cargo final).

Claro, la gradualidad de que trata el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 también supuso una excepción a la regla antes señalada, **pero fue temporal y por razones logísticas, administrativas, operativas y técnicas**. Y es que cuando finalizó el periodo de transición, se superaron los motivos logísticos y se implementó el modelo penal acusatorio (31 de diciembre de 2008), también desapareció por completo la excepción de la gradualidad. De ahí que no es constitucionalmente admisible que por la vía hermenéutica se dé continuidad al régimen de transición y se le convierta en



permanente, régimen que decayó en el momento que se superaron los plazos señalados en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004.

Lo que justamente se reprocha es que la jurisdicción ordinaria penal, por la vía interpretativa, ha mantenido vigente esta última excepción cuando lo cierto es que la gradualidad terminó desde el 31 de diciembre de 2008 (es decir, hace más de 12 años) y las razones que le dieron origen también desaparecieron desde esa fecha. Y de esa manera ha sostenido que si el hecho delictivo ocurrió después del 1º de enero de 2005 en un Distrito Judicial que para entonces no había implementado la Ley 906 de 2004, aquel debe ser investigado y juzgado bajo las reglas del modelo inquisitivo. Lo anterior, a pesar de que ha transcurrido más de una década desde que el sistema introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 entró en plena vigencia en todo el territorio nacional. De esa forma, además, se le da a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 un alcance que no poseen y que es constitucionalmente inadmisibles.

Se trata entonces de una tesis que desconoce: (i) la aplicación limitada en el tiempo de la implementación escalonada del sistema penal acusatorio, y por tanto la desaparición de la excepción basada en la gradualidad; (ii) la regla general de aplicación prevista en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004, consistente en que todo delito ejecutado después del 1º de enero de 2005 tiene que investigarse y juzgarse bajo las normas del sistema penal acusatorio; y (iii) que la persecución penal ha iniciado cuando la Ley 906 de 2004 se encuentra plenamente implementada, de modo que no resulta jurídicamente relevante que para la época de los hechos no lo estuviera en tanto que al comienzo del proceso ya existían (existen) las herramientas para tramitarlo bajo el nuevo modelo de juzgamiento.

Segundo. Tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces penales (incluyendo la Sala de Casación Penal) argumentan que dependiendo de la fecha y el lugar, procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008 con ocasión de delitos realizados luego del 1º de enero de 2005 deben adelantarse de conformidad con la Ley 600 de 2000 por ser la aplicable al momento de los hechos. Lo anterior, en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, que previó la implementación escalonada del sistema penal acusatorio por grupos de Distritos Judiciales. Fijese entonces que se trata de una postura basada en criterios temporales y territoriales.

Empero, dicha justificación desconoce que en las sentencias C-619 de 2001 y C-200 de 2002 la Corte Constitucional precisó el alcance de la expresión "*leyes preexistentes*", contenida en el artículo 29 Superior. Al respecto, señaló que ella se refiere únicamente a las normas sustanciales en materia penal (las que definen los delitos y sus penas), mas no a las de contenido procesal. Luego, los procesos penales deben adelantarse conforme a las disposiciones adjetivas que el Congreso expida durante el tiempo que estén en curso. En ese orden de ideas, **es constitucionalmente inadmisibles**



argumentar que un juicio criminal debe adelantarse únicamente bajo la ley procesal vigente antes de la comisión del delito, ignorando cualquier cambio posterior de legislación adjetiva. Lo ajustado a la Carta Política, según la propia jurisprudencia constitucional, es que se ciña a la regulación que para el efecto expida el Legislador en el periodo que dure el proceso.

De ahí se sigue que la hermenéutica en cuestión es por completo errada e inconstitucional. De un lado, porque contraría el significado dado por la jurisprudencia constitucional a la locución "*leyes preexistentes*" en el ámbito penal (art. 29 CP), que torna irrelevante los criterios temporal y territorial que utilizan las autoridades judiciales para determinar la norma procesal aplicable al juicio criminal. Como se ha anotado, no tiene cabida preguntarse cuándo o dónde se cometió el punible, sino cuál legislación procesal está vigente en cada una de las etapas de la persecución penal. La respuesta es clara para los procesos iniciados luego del 31 de diciembre de 2008 por delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005: las normas adjetivas vigentes corresponden a la Ley 906 de 2004. Punto.

Del otro lado, la interpretación acusada yerra porque mediante ella se da aplicación a un modelo de persecución criminal que decayó en todo el territorio nacional a partir del 31 de diciembre de 2008, en detrimento del sistema penal acusatorio que ha imperado de manera plena desde entonces. En otras palabras, para investigar y juzgar delitos cometidos del 1º de enero de 2005 en adelante, la Fiscalía y la jurisdicción ordinaria penal se han decantado por la aplicación de una regulación derogada (Ley 600 de 2000) en lugar de la que está vigente y plenamente implementada desde el 31 de diciembre de 2008 (Ley 906 de 2004). Ello desconoce la regla sentada por la Corte Constitucional según la cual el juicio criminal debe adelantarse siguiendo las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, que no únicamente conforme a las preexistentes a la comisión del delito.

De modo que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, leídos bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, vulneran el principio de legalidad en materia penal y el derecho de toda persona a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio (29 CP). Esto se debe a que por esa vía se permite que después del 31 de diciembre de 2008 conductas punibles cometidas con posterioridad al 1º de enero de 2005 sean investigadas y sancionadas de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000, cuando tienen que serlo a partir de la regulación de la Ley 906 de 2004 por las razones ya expuestas.

Es entonces necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido que con posterioridad al 31 de diciembre de 2008, todo delito ejecutado después del 1º de



enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado con plena observancia de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004.

5.3 CARGO TERCERO. LOS ARTÍCULOS ACUSADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 29, 250 Y 299 DE LA CONSTITUCIÓN, EL ARTÍCULO 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL ARTÍCULO 14 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y ELIMINAN LA GARANTÍA DE JUEZ NATURAL, RELACIONADA CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El derecho al juez natural, en asocio con el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, supone que todo proceso debe ser conocido por la autoridad judicial que la ley ha dispuesto para el efecto. En materia penal, ello significa que los punibles ejecutados después del 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos al juez de control de garantías (figura que solo existe en el sistema penal acusatorio) y al juez de conocimiento. No obstante, comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es lo que las normas superiores exigen. A continuación, explicamos en detalle lo antes reseñado.

5.3.1 El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).

El artículo 29 de la Carta Política dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada por “juez o tribunal competente”, garantía conocida como “juez natural”. La misma garantía está prevista en tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 CP). Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° dispone:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 consagra:



"Artículo 14.

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

El juez natural es entendido como "el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley"⁹⁹. Y cuando se refiere a quien tiene la competencia para ejercer jurisdicción, no se limita únicamente a quien puede adoptar la decisión final, sino también a la persona encargada de instruir el proceso. En palabras de la Corte Constitucional:

"17. En cuanto al contenido mismo del derecho al juez natural, éste pareciera permitir dos interpretaciones. Una primera, según la cual, la garantía consiste en que el asunto sea juzgado por el juez competente, es decir, que la decisión de fondo sobre el asunto planteado sea adoptada por quien recibió esta atribución del legislador. En esta interpretación, el derecho garantizado es que el juez competente profiera la sentencia 'esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan' (negrillas no originales). Esta interpretación, adoptada en ocasiones por esta Corte, pareciera resultar del tenor literal del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio' (negrillas no originales): inciso 2 del artículo 29 de la Constitución.

18. Una segunda interpretación consiste en que el derecho al juez natural implica que sea el juez competente no sólo quien decide el asunto, sino quien instruye el proceso. En este sentido, 'El derecho al juez natural, es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva' (negrillas no originales). Esta segunda interpretación resulta concordante con

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014.



el tenor literal de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que el demandante consideran vulnerados en el caso bajo examen. Así, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: '1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá **derecho a ser oída** públicamente y con las debidas garantías por un **tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido por la ley**, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)'

(negrillas no originales) y, de manera coincidente, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: '1. Toda persona tiene **derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter' (negrillas no originales).²⁰

La garantía del juez natural también tiene estrecha relación con el principio de legalidad en materia penal y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Frente al principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP), la Corte Constitucional ha explicado que está compuesto por una serie de garantías entre la que destaca el "Nemo iudex sine lege", que traduce que toda persona tiene que ser juzgada por un juez legalmente prestablecido. En palabras de la Corporación:

"5. Frente al punto el artículo 29 de la Constitución resulta claro y expreso: Nadie podrá ser juzgado sino frente a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

*Del principio de legalidad se infiere que los límites impuestos al legislador por parte del constituyente hacen referencia a un contenido material de las garantías fundamentales que deben respetarse para poder legítimamente aplicar sanciones: **Nullum crimen sine lege** No existe delito sin ley, **Nulla poena sine praevia lege** no existe pena sin ley previa, **Nemo iudex sine lege** la persona sólo puede ser juzgada por sus actos por el juez previamente establecido y **Nemo damnetur nisi per legale iudicium** nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal, con el pleno respeto de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa, la controversia probatoria, la asistencia técnica y a las formas propias del juicio."²¹ (Subrayado fuera de texto).*

De ahí que "para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 2016.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001. Reiterada en las sentencias C-301 de 2001, C-297 de 2016, SU-373 de 2019, entre otras.



competente para investigar y sancionar esas conductas²². Lo anterior pone de presente la importancia de que la persona cuente con una autoridad judicial previamente señalada en la ley que conozca de la causa seguida en su contra, así como la necesidad de que ella sepa quién es. Y es ese funcionario judicial, y no otro, quien debe adelantar la instrucción y el juzgamiento de la conducta (juez natural). Finalmente, es preciso señalar que “una vez asignada debidamente la competencia [a ciertos jueces] para conocer un caso específico, no [se] les [puede revocar] el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una determinada institución”²³. Luego, el respeto por el juez natural también implica no separar a la autoridad judicial del conocimiento de un caso sin que medie un motivo válido.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), la Corte Constitucional ha sostenido que comprende, entre otros aspectos, “(i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”²⁴. Pero no es que esta garantía pueda ser satisfecha por cualquier autoridad judicial, sino solo el juez natural del proceso. En palabras de la Corte Constitucional: “es claro que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una decisión por parte del juez natural dentro del proceso penal”²⁵ (subrayado fuera de texto).

De manera que garantizar el derecho constitucional y convencional a tener un juez competente apareja proteger otros principios superiores y derechos fundamentales que cobran especial relevancia en el marco de los procesos penales.

5.3.2 El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.

De manera tradicional, bajo el sistema inquisitivo siempre existió el juez de conocimiento cuya función principal era (es) dictar sentencia absolutoria o condenatoria, evento último en el que además se impone la pena a cumplir. Este funcionario ha continuado vigente en el modelo acusatorio, pero ya no es la única autoridad judicial que existe. Ahora también contamos con la presencia del juez de control de garantías como un actor protagónico en el marco de la Ley 906 de 2004.

²² Corte Constitucional, sentencia C-843 de 1999. Reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-444 de 2011, SU-373 de 2019, entre otras.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2015.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-283 de 2013. Reiterada en las sentencias T-443 de 2013, T-687 de 2015, entre otras.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014.



El juez de control de garantías halla origen en el Acto Legislativo 03 de 2002 y tiene a su cargo la adopción de importantes decisiones tendientes a proteger los derechos fundamentales de las partes, en especial el investigado, por ejemplo: (i) emitir órdenes de captura; (ii) imponer medidas de aseguramiento privativas o no privativas de la libertad; (iii) realizar control posterior de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones adelantados por la Fiscalía General de la Nación; y (iv) en general, autorizar cualquier medida que signifique afectación de derechos fundamentales.

Algunas de las funciones enunciadas fueron consignadas en el artículo 250 de la Constitución, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. En realidad, tal norma corresponde a la competencias de la Fiscalía General de la Nación, pero de su lectura se desprenden las atribuciones del juez de control de garantías:

“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.



3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.
4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado." (Subrayado fuera de texto).

Esta configuración normativa no es fortuita, sino que responde al querer del Constituyente derivado: retirarle a la Fiscalía General de la Nación las funciones que le permitían adoptar medidas que afectarían los derechos fundamentales de las personas, **especialmente las potestad de imponer medida de aseguramiento** de manera autónoma (sin previa orden judicial). Para el Constituyente, lo anterior era necesario en aras de dotar al proceso penal de imparcialidad (garantía relacionada con el derecho al juez natural) y cumplir los estándares internacionales de derechos humanos. Así quedó consignado en la exposición de motivos de la reforma constitucional:

"1. JUSTIFICACION DE LA REFORMA: LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACION DE UN SISTEMA DE CORTE ACUSATORIO



Así, la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal.

Por ello, se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal.

(...)

Con fundamento en los artículos 93 y 94 superiores, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del 'Bloque de Constitucionalidad', por virtud de la cual, todos los tratados ratificados o no por Colombia, siempre que versen sobre Derechos Humanos, y no permitan su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados a la Constitución.

Entre estos derechos que se incorporan a la Constitución, se encuentra el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Conforme a lo expuesto, este mandato de imparcialidad del juzgador está integrado a la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional que reclama cumplimiento.

En nuestro sistema, cuando el fiscal decreta, practica y valora una prueba, cuando profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra.

La imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar las libertades del procesado.

(...)

A) IMPOSICION DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PREVIA AUTORIZACION DEL JUEZ

La distintas reformas han sido uniformes al establecer dentro del funcionamiento y estructuración de su política criminal el rol de un fiscal orientador de la investigación, despojado de la función judicial de imponer la medida de aseguramiento, con la finalidad de permitirle elaborar mejor su trabajo de investigador y dejar en manos del juez la toma de decisión sobre la limitación de derechos fundamentales. Por estas consideraciones, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes.



En este orden de ideas, la exigencia de una orden judicial no persigue satisfacer un requisito formal relativo a que a la persona le muestren un papel que ordene su detención. Esta aclaración es pertinente porque la Honorable Corte Constitucional ha entendido que la orden escrita condiciona la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental. Sin embargo, es necesario que el sistema de procesamiento criminal que nos rija, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable '(...) que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió'.

Esta posición refuerza la necesidad de que sea un funcionario imparcial quien evalúe la razonabilidad de emitir una orden para imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento a un ciudadano envuelto en una investigación. La exigencia constitucional de una orden judicial encuentra su sentido en que el funcionario que está investigando, difícilmente puede determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados. Así se desarrolla mejor la garantía constitucional, en la medida en que se dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal.

En este sentido, establecer que el juez decida si es justificada o no la imposición de la medida de aseguramiento, dota de contenido material la garantía del derecho a la libertad.²⁶ (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En cuanto a la importancia de esta autoridad judicial para la protección de las garantías básicas de la persona investigada, la Corte Constitucional ha señalado:

"De ahí que, para este Tribunal, desde la perspectiva estrictamente constitucional, la principal tarea asignada a este funcionario judicial, al efectuar cada uno de estos controles, indistintamente de si se trata de uno previo o posterior, estriba 'en ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos garantizados por la Constitución Política, y en tal sentido, acordarle a las autoridades competentes los medios efectivos para verificar las sospechas, buscar la verdad de los hechos y acopiar el material probatorio necesario para encausar a un ciudadano; los derechos y garantías constitucionales consagrados a favor de la persona procesada; al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación'. Examen que no solo debe recaer sobre la simple adecuación a la ley de las medidas de intervención en el ejercicio de prerrogativas iusfundamentales (aspecto formal), sino que ha de proyectarse en torno a su proporcionalidad (aspecto material), lo que es tanto como establecer, i) si la respectiva medida es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente

²⁶ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 134 de 2002.



legítimo; ii) si es necesaria por ser la más benigna o menos lesiva entre otras posibles para alcanzar el fin; y iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

6.5. *Ese papel de garante de los derechos fundamentales que cumple el juez de control de garantías en el sistema de investigación penal vigente, según se ha precisado en la jurisprudencia constitucional, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en función de que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación colisionan con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales, únicamente, pueden ser afectados en sede jurisdiccional.*

*Se trata, pues, de una clara vinculación de la investigación a la garantía y eficacia irradiante de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen, a su turno, como límites propios de la investigación.*⁹⁷ (Subrayado fuera de texto).

Por último, no sobra recordar que el juez de conocimiento es el encargado de instruir el proceso penal a partir de la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación y fallarlo de fondo.

5.3.3 Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.

El presente cargo requiere absolver el siguiente interrogante: ¿cuál es el juez natural de los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, cuando entró en vigencia el sistema penal acusatorio?. La respuesta es que, de acuerdo con la regulación prevista en el artículo 250 Superior y en la Ley 906 de 2004, son dos: el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Y es que desde esa fecha está vigente el modelo acusatorio, aspecto diferente es que su implementación se haya dado de manera escalonada.

En ese orden de ideas, al menos después del 31 de diciembre de 2008 -se insiste, cuando el nuevo modelo se implementó por completo-, todo delito cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005 debe ser instruido y decidido por (i) un juez de control de garantías y (ii) un juez de conocimiento, en la medida que el sistema penal acusatorio entró en vigencia desde entonces. De lo contrario, el proceso habrá sido llevado con desconocimiento del derecho al juez natural.

Los artículos demandados, interpretados de conformidad con la tesis desarrollada por la Sala de Casación Penal, anulan el derecho al juez natural porque: (i) impiden el

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2018.



acceso de las partes del proceso penal al juez de control de garantías y (ii) impiden que actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación sean sometidas a revisión del juez de control de garantías. Es allí donde las disposiciones acusadas devienen en inconstitucionales.

En efecto, la hermenéutica que se cuestiona dicta que por virtud de la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, algunos punibles realizados luego del 1º de enero de 2005 deben ser investigados, instruidos y juzgados de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000. Es decir, algunas personas son sometidas a procesos penales bajo un esquema inquisitivo con fundamento en disposiciones pensadas para solucionar problemas logísticos que desde el 31 de diciembre de 2008 no existen. En general, adelantar juicios criminales en el marco de un sistema derogado no es constitucionalmente admisible, pero para el presente cargo hay un asunto de mayor trascendencia: la Ley 600 de 2000 NO contempla la figura del juez de control de garantías dado que fue introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002.

Lo anterior significa que delitos cometidos dentro del periodo de vigencia de la Ley 906 de 2004, e iniciados a perseguir después de su implementación completa, no son sometidos al conocimiento del juez de control de garantías. En consecuencia:

(i) La persona que presuntamente cometió un delito puede ser capturada por orden de la Fiscalía General de la Nación, sin que medie la revisión de un juez de control de garantías, como corresponde en aplicación de la Ley 906 de 2004.

(ii) El presunto delincuente puede ser objeto una medida de aseguramiento impuesta por el Fiscal del caso, de modo que puede ser privada de su libertad sin que medie la decisión de un juez de la República. Aunque la medida de aseguramiento es susceptible de ser revisada mediante control de legalidad, este último no suspende el cumplimiento del acto cuestionado y solo procede por causales restringidas, de modo que la decisión no puede ser atacada en forma integral. En cambio, de aplicarse el sistema penal acusatorio -como debe ser-, la medida de aseguramiento sería avalada o no por el juez de control de garantías y la determinación es pasible de recursos que permiten discutirla ampliamente.

(iii) Las comunicaciones de la persona investigada pueden ser interceptadas y su vivienda allanada con la sola orden del Fiscal que adelanta el proceso. Tal decisión no tiene que ser sometida a control judicial, contrario a lo que sucedería si se aplicara la legislación que en efecto corresponde (Ley 906 de 2004).



(iv) En general, la persona puede ser objeto de decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten sus derechos fundamentales sin que aquellas tengan un control judicial efectivo y obligatorio. En cambio, de tramitarse la causa bajo el sistema penal acusatorio, que es lo que legalmente procede, sí se realizaría dicha revisión a través del juez de control de garantías.

(v) El fiscal es juez y parte durante la instrucción. Esto no solo sucede cuando la Fiscalía es la encargada de adelantar la actuación, sino también en los casos que involucran congresistas. En esos eventos, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia actúa como juez y parte en la etapa anotada. Como se señala al comienzo de esta demanda recordando las palabras de Radbruch, "el que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado".

De manera que eliminar la revisión de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación por parte del juez de control de garantías supone, *per se*, una gravísima desprotección para los derechos fundamentales de la persona afectada por tales decisiones en tanto queda sujeto a la discrecionalidad del ente acusador y de sus agentes. Y aunque pueda solicitarse su examen judicial por la vía del control de legalidad, se trata de un análisis altamente limitado y que por tanto afecta el derecho a la defensa del investigado.

Es aún más grave que teniendo derecho a que el juez de control de garantías se pronuncie sobre una medida, porque el delito fue cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005, al investigado se le prive de esta garantía por una interpretación que se fundamenta en disposiciones transitorias y en razones técnicas que desaparecieron hace más de 12 años (31 de diciembre de 2008). Lo anterior es la manifestación del abierto desconocimiento del derecho al juez natural advertido (art. 29 CP).

También es imperioso advertir que hoy en día la Fiscalía no tiene ninguna de las competencias previamente señaladas, pues no corresponden al artículo 250 actual de la Constitución, sino a su versión original (derogada en este punto hace casi 20 años). Pero a pesar de ello, la hermenéutica en cuestión ha dado ultractividad a las extintas atribuciones de la entidad y ha garantizado su pleno ejercicio. Tales funciones incluyen, por supuesto, la relativa a imponer medida de aseguramiento sin orden judicial a personas cuyos casos deberían ser juzgados bajo el modelo penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004) -y que por tanto solo podrían ser privadas de su libertad a través de resolución judicial-.

En cuanto a este último punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha explicado que las medidas de aseguramiento no pueden ser impuestas por los fiscales en tanto no son autoridades judiciales, lo que evidencia -una vez más- que lo demandado desconoce el derecho constitucional y convencional al juez natural:



"175. En cuanto a la autoridad competente para decretar o decidir la aplicación de la prisión preventiva, la Comisión entiende que el sentido del artículo 7.5 de la Convención es de establecer que la misma sea necesariamente una autoridad judicial debido a que el juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez. Además, al igual que en el caso del control judicial inmediato del acto de la detención (arresto o aprehensión), esta autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención. La naturaleza de la autoridad que ordena la detención se determina fundamentalmente atendiendo a atribuciones y competencias que le corresponden de acuerdo con el ordenamiento constitucional.

176. En este sentido, el HRC [Comité de Derechos Humanos de la ONU] ha establecido consistentemente que los fiscales no son autoridades idóneas para decretar la detención preventiva, toda vez que no se puede considerar, salvo que el Estado demuestre lo contrario, que éstos posean la objetividad e imparcialidad necesaria para ser considerados como 'funcionario[s] autorizado[s] por la ley para ejercer funciones judiciales', en los términos del artículo 9(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, la responsabilidad de imponer la prisión preventiva, de autorizar su continuación y de imponer medidas alternativas deber ser asumida por una autoridad judicial.¹⁰⁸ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por si la infracción del derecho al juez natural no bastara, todo lo anterior también apareja la violación del principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP) ya que el funcionario judicial que la ley ha predeterminado para que se pronuncie sobre el caso es apartado de su conocimiento sin justificación válida alguna. Asimismo, envuelve la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP) porque impide que el investigado e incluso las víctimas acudan ante el juez de control de garantías para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, como debe suceder en cumplimiento de la Ley 906 de 2004.

De ahí la necesidad de que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido de que todo delito ejecutado después del 1º de enero de 2005 tiene que ser procesado bajo los postulados del sistema penal acusatorio. En caso contrario, se permitirá que personas que por expresa disposición de la Carta Política y de la Ley 906 de 2004 tienen derecho a acceder al juez de control de garantías continúen siendo privados de tal posibilidad.

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la privación preventiva en las Américas*, 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PR-2013-es.pdf>.



5-4 CARGO CUARTO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 1º Y 13 DE LA CARTA POLÍTICA POR PERMITIR QUE CRITERIOS QUE DIFERENCIAN EN RAZÓN DEL TERRITORIO SIGAN SIENDO APLICADOS AUN CUANDO YA DESAPARECIERON

El régimen de transición previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 permitía que delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 fueran juzgados por el modelo inquisitivo o el sistema penal acusatorio dependiendo de la fecha y el lugar de su comisión. Dicho régimen de transición desapareció el 31 de diciembre de 2008, lo que de suyo implica que desde entonces no es posible realizar la diferenciación advertida, sino que todo punible ejecutado luego del 1º de enero de 2005 debe investigarse y juzgarse con arreglo a la Ley 906 de 2004.

Empero, los artículos demandados, entendidos en la manera que lo ha hecho la Sala de Casación Penal, permiten que hoy en día se continúe acudiendo a los factores de territorio y gradualidad para determinar la ley procesal aplicable a los hechos delictivos realizados a partir del 1º de enero de 2005. De modo que por esa vía se sigue generando una diferenciación en cuanto a la legislación que guía la persecución penal, que ahora sustenta en criterios desuetos. Es decir, se trata de una desigualdad de trato injustificada, que por demás desconoce el principio de Estado unitario. Veamos.

El derecho a la igualdad ha sido considerado como un principio que ocupa un lugar cardinal dentro del ordenamiento jurídico colombiano en tanto que entraña una amplísima multiplicidad de dimensiones²⁹. De antaño la Corte Constitucional ha explicado que la igualdad exige, entre otros aspectos, “[dar] *el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis*”³⁰. En ese orden de ideas, el trato diferenciado entre situaciones fácticas iguales o el trato igual para situaciones fácticas distintas es constitucionalmente inadmisibles a menos de que exista una justificación razonable:

*“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes.”*³¹

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2010.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-094 de 1993. Ver también las sentencias C-345 de 1993, C-320 de 1994, C-1376 de 2000, C-104 de 2016, C-006 de 2018, C-138 de 2019, entre otras.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-526 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.



En otras oportunidades, pero siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha sostenido:

"Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado."³²

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que un trato diferenciado puede estar debidamente justificado en ciertas razones fácticas, pero puede que después desaparezca el motivo que permitía sustentar la desigualdad. En ese caso, lo que antes era admisible a la luz de la Constitución luego se torna en jurídicamente reprochable por desconocer el mandato del artículo 13 Superior y los alcances en torno a él que la jurisprudencia ha fijado.

Descendiendo al caso concreto tenemos que el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 empezó a regir el 1º de enero de 2005 en todo el territorio nacional. No obstante, el Legislador determinó que por razones metodológicas el nuevo modelo debía implementarse progresivamente en los Distritos Judiciales del país. Esta fórmula de suyo significó tratos diferentes entre las personas en relación con la ley procesal penal aplicable a su causa dependiendo del lugar en el que hubieran cometido el delito. Así, los investigados por un punible realizado en el primer grupo de Distritos Judiciales fueron sometidos al sistema penal acusatorio desde el mismo 1º de enero de 2005, mientras que los de los grupos subsiguientes debieron esperar hasta que el nuevo modelo entrara a operar en la jurisdicción correspondiente.

Para ejemplificar: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambas deben ser procesadas bajo las reglas del sistema penal acusatorio. Sin embargo, una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y como quiera que para la época de los hechos no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Cali, quien ejecutó el delito allí será investigada y juzgada con arreglo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000.

En la sentencia C-801 de 2005 la Corte Constitucional examinó si dicho trato desigual desconocía o no los artículos 1º y 13 Superiores y la respuesta fue negativa. En esencia, explicó que el Constituyente derivado y el Legislador previeron la implementación gradual del sistema penal acusatorio debido a las dificultades técnicas y logísticas

³² Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.



propias del cambio de modelo, por lo que era apenas natural la diferencia de aplicación de la ley procesal penal dependiendo del Distrito Judicial:

"7. El actor argumenta que el precepto demandado contraría los artículos 13 y 29 superior. No obstante, aquél no sólo pierde de vista que fue el mismo constituyente el que habilitó al legislador a determinar la gradualidad con la que debía aplicarse ese sistema, sino que, además, tal desarrollo legal no vulnera ni el derecho de igualdad ni el principio de favorabilidad como contenido del derecho fundamental al debido proceso. La norma demandada no vulnera el artículo 13 superior porque el mandato de no discriminación en la formulación del derecho no se opone a que el mismo constituyente tome la decisión política de darle aplicación progresiva a un nuevo sistema de procedimiento penal, mucho más si esa progresividad es coherente con el esfuerzo institucional que implica darle aplicación a un sistema de esa índole en la medida en que plantea unos frentes de atención que demandan grandes esfuerzos institucionales. Desde luego que para la Corte es claro que el principio de igualdad y el vigor y aplicación plenos del nuevo sistema resultan inexcusables en cada uno de los Territorios o Distritos Judiciales en los que ese sistema ya opera, en desarrollo de la norma demandada."
(Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, llegado el 31 de diciembre de 2008, todos y cada uno los Distritos Judiciales del país habían implementado el sistema penal acusatorio, a la vez que se habían superaron los problemas técnicos que motivaron el régimen de aplicación progresiva de aquel modelo procesal. Es decir, **desde esa fecha desaparecieron las razones que justificaban la aplicación diferenciada de la ley procesal penal según el lugar donde su hubiera cometido el delito** (misma razón por la que la sentencia C-801 de 2005 no configura cosa juzgada respecto a la violación del derecho a la igualdad que aquí se plantea)³³. Ello significa que la desigualdad de trato que un momento fue ajustada a la Carta Política, el 31 de diciembre de 2008 devino contraria a ella porque en ese momento dejó de existir el principio de razón suficiente que la sustentaba.

Visto lo anterior cabe preguntarse, ¿qué efectos tuvo la plena vigencia del nuevo modelo?. La respuesta es que desde el 31 de diciembre de 2008, todo punible cometido después del 1º de enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004, sin importar la gradualidad de la implementación de esta última a lo largo del territorio nacional por cuanto ya finalizó.

³³ La cosa juzgada no se configura cuando han variado los parámetros de control constitucional (sentencia C-039 de 2021). Cuando la Corte Constitucional examinó la norma en cuestión, aún no había terminado la implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, lo que sirvió de sustento para declararla ajustada a la Carta Política. Pero ahora el sistema penal acusatorio está plenamente implementado, de modo que se habilita una nueva revisión en tanto los parámetros de control fueron modificados.



Retomemos el ejemplo antes señalado para materializar lo anterior: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambos deben ser procesados bajo las reglas del sistema penal acusatorio. La diferencia radica en que una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y aunque para la época de los hechos aún no había sido implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial de Cali, lo cierto es que para el 31 de diciembre de 2008 el nuevo modelo ya había entrado en plena aplicación en dicha jurisdicción (y en todo el país). Por esa razón, lo procedente es investigar y juzgar a ambas personas con arreglo a los postulados del modelo introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002.

No obstante, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se cuestiona, conllevan a que en la actualidad se continúe decidiendo si un delito cometido después del 1° de enero de 2005 debe ser juzgado conforme a la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004 a partir de los criterios territorial y de gradualidad. Es decir, se sigue dando aplicación al régimen de transición basado en la aplicación progresiva del sistema penal acusatorio a lo largo del territorio nacional, a pesar de que desde el 31 de diciembre de 2008 no existe ninguna diferencia entre los grupos de Distritos Judiciales organizados por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, pues desde entonces todos implementaron el nuevo modelo a plenitud.

En términos de igualdad, el problema de constitucionalidad radica en que desde el 31 de diciembre de 2008 todas las personas que hayan cometido delitos después del 1° de enero de 2005 tienen derecho a ser juzgadas bajo los lineamientos del sistema penal acusatorio, independientemente del Distrito Judicial en el que hayan ejecutado el presunto delito.

En síntesis, las disposiciones demandadas, entendidas en la manera que se ha explicado, generan que dos personas que cometieron un delito el mismo día sean juzgadas conforme a una u otra la ley procesal penal (aplicación diferencial de la legislación) dependiendo de los factores territorial y de gradualidad, a pesar de que ambos criterios de distinción carecen de fundamento fáctico y jurídico desde el 31 de diciembre de 2008, es decir, ya desaparecieron.

La injustificada diferencia de trato en razón del territorio también infringe el principio de Estado unitario (art. 1° CP). En efecto, en un modelo de Estado unitario existe *“uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional, antes que una pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo Estado, característica que es propia del federalismo”*³⁴ y también *“una administración de justicia común”*³⁵. Los anteriores

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 4 de mayo de 2005. MP. Marina Pulido de Barón, rad. 23567.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2001. Ver también la sentencia C-284 de 1997.



mandatos fueron “*exceptuados*”, por decirlo de algún modo, durante el periodo de implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, porque si bien la reforma empezó a regir de manera uniforme en todo el territorio nacional, su aplicación fue escalonada por Distritos Judiciales que responden a factores geográficos. Ello hacía que, en la práctica, a lo largo del país se adelantaran procesos penales bajo leyes distintas (como si fuésemos un Estado federal).

Culminada con éxito la implementación del sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional, y en atención a la fórmula del Estado unitario, era necesario que todo delito cometido después del 1º de enero de 2005 se investigara y juzgara conforme a la Ley 906 de 2004. Solo de esa manera se podría predicar uniformidad de la ley y una administración de justicia común en estricto sentido, máxime cuando dejaron de existir razones constitucionalmente admisibles para diferenciar la aplicación de la ley en atención al lugar de comisión del delito. No obstante, los artículos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, perpetúa la aplicación de la *fórmula* vigente entre los años 2005 y 2008 sin justificación alguna. De ahí que rompa con el artículo 1º Superior.

Para restablecer el derecho a la igualdad y el principio de Estado unitario, quebrantados en la forma como se expuso, es imperioso que la Corte Constitucional declare inexecutable las normas acusas o, en subsidio, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar en Colombia a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1º de enero de 2005.

- 5-5 CARGO QUINTO. EL ARTÍCULO 533 DE LA LEY 906 DE 2004 PREVÉ UNA EXCEPCIÓN NO AVALADA POR EL ARTÍCULO 5º DEL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002, DESCONOCE LOS ELEMENTOS MÍNIMOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO (ART. 2º, ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002), EXCEDE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA EN MATERIA PROCESAL (ART. 150-2 CP) Y NO CORRESPONDE AL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL.

El quinto y último cargo de inconstitucionalidad se deslinda de los previamente desarrollados porque no se dirige contra la interpretación judicial realizada respecto de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Antes bien, únicamente reprocha el apartado final de este último artículo, en virtud del cual “los casos de que trata el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”.



En este cargo se cuestiona que el artículo 533 de la Ley 906 de 2006 dispone que los delitos cometidos por los congresistas serán investigados y juzgados conforme a las reglas del modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000), que no del sistema penal acusatorio. Dicha norma vulnera el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que en ningún momento previó que algunas personas -por razón de sus calidades, de los cargos ostentados o cualquier otro motivo- serían exceptuadas de la investigación y juzgamiento conforme al sistema penal acusatorio, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior también apareja la infracción del artículo 150-2 de la Carta Política, en tanto la expresión acusada supone un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa de la que goza el Legislador. Además, desconoce el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que establece los elementos esenciales del sistema penal acusatorio (tales como la imposibilidad de que el ente investigador imponga medida de aseguramiento), porque se somete a los congresistas a un modelo (Ley 600 de 2000) que no es compatible con los mínimos que la reforma a la Constitución impuso.

No puede perderse de vista que el modelo de procesamiento penal de los congresistas ha sufrido fuertes cambios y cada vez se rompe con la esencia de dicho esquema para dar paso a la implementación de figuras o instituciones propios del sistema penal acusatorio. Tales modificaciones no son resultado de la voluntad política, sino el acatamiento de mandatos directos de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia y los pronunciamientos de las autoridades encargadas de salvaguardar dichos instrumentos. Pero para que la observancia a tales directrices jurídicas se complete, especialmente en lo relativo a la plena separación de las actividades investigativas y las judiciales, se requiere que los legisladores sean procesados conforme a las reglas del sistema penal acusatorio.

Para desarrollar el cargo, (i) se definirá el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas, (ii) se explicarán las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000; y (iii) se expondrá por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

5.5.1 El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la institución de los aforados, personas que por sus calidades son juzgadas bajo reglas especiales que no necesariamente coinciden con las aplicables a las personas que no ostentan tales condiciones. Es el caso de los congresistas, a quienes la Constitución les garantiza un trato penal



diferenciado en comparación con los demás ciudadanos que no ocupan esa dignidad. Sin embargo, el trato diferenciado en favor de los congresistas -su fuero, entendido como garantía institucional- se limita a un único aspecto: que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. A esto podríamos denominarlo como una garantía exclusivamente orgánica.

En efecto, la Constitución es clara en cuanto al alcance del fuero penal de los congresistas, ciñéndolo al contenido antes expresado, lo cual se desprende del artículo 186, según el cual "de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención". En la misma dirección, el numeral 4º del artículo 235 Superior consagra las competencias de la Corte Suprema de Justicia:

"ARTÍCULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- 1. Actuar como tribunal de casación.*
- 2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.*
- 3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.*
- 4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso." (Subrayado fuera de texto)*

Entonces, es correcto señalar que, para la Carta Política, lo único "especial" que se le garantiza a los congresistas -en materia penal- es que serán investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Esta lectura es confirmada por la Corte Constitucional, quien en múltiples sentencias ha entendido que el alcance del fuero penal correspondiente a los miembros del Congreso de la República es el previamente anotado. Sin ánimo de ser exhaustivos, relacionaremos algunos pronunciamientos en dicho sentido.

En la **sentencia T-1320 de 2001** la Corte Constitucional explicó las diferencias entre el modelo de la Carta Política de 1886 y la de 1991 en relación con la responsabilidad penal de los congresistas. Al respecto, anotó que mientras en la primera existía la denominada "inmunidad parlamentaria", la segunda "instituyó para aquellos un fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, que comprende tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso, conforme fue establecido por ella en el



artículo 235, numeral 3º superior" (subrayado fuera de texto). De lo anterior se entiende que el fuero penal de los congresistas se limita a que la Corte Suprema de Justicia investigue y juzgue sus delitos.

La **sentencia C-545 de 2008**, que declaró constitucional el apartado acusado -aunque por cargos diferentes a los aquí desarrollados-, reitera el alcance del fuero penal de los legisladores en los términos anotados:

"3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.

Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3º del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.)

(...)

Así, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el ius puniendi del Estado, cuando de los miembros del Congreso se trate, a quienes el Constituyente les ha otorgado un fuero constitucional especial, señalando que ese alto tribunal no sólo es su juez natural, distinto del correspondiente a los demás ciudadanos, sino que la instrucción debe adelantarse en esa sede y no por la Fiscalía General de la Nación, ni por la Cámara de Representantes (art. 178.3 ib.), según sea el caso." (Subrayado fuera de texto).

Entre tanto, la **sentencia SU-811 de 2009** insiste en que "como ha sido ampliamente analizado por esta corporación, los artículos 186 y 253, numeral 3º, de la Constitución Política, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, el cual fue reiterado por los artículos 75.7 y 32.7 de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, respectivamente, que preceptúan la competencia privativa del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en Sala de Casación Penal, para conocer de los delitos cometidos por los senadores y los representantes a la Cámara" (subrayado fuera de texto).

Para finalizar el breve recuento jurisprudencial, traemos a colación la **sentencia SU-712 de 2013**, donde se retoma la diferencia entre la Constitución de 1886 y la actual en materia de persecución penal de los congresistas, así como la razón de ser de tal distinción:



"Como en un Estado de derecho no hay actos de autoridades públicas que se sustraigan del control judicial, ya que una de sus características es la 'justiciabilidad de todos los actos de los poderes públicos', la inmunidad parlamentaria 'tiene un encaje difícil'. Por ello la inmunidad ha dado paso a otras instituciones como el juzgamiento por autoridades especiales, precisamente como ocurre en el caso colombiano con los congresistas de la República.

En la Asamblea Nacional Constituyente la ponencia para debate en Comisión propuso mantener la inviolabilidad de los congresistas por los votos y opiniones, pero suprimir la inmunidad parlamentaria y en su reemplazo adoptar un 'fuero especial', de modo que solamente la Corte Suprema de Justicia tuviera competencia para investigar y juzgar a los parlamentarios. Con la misma lógica, en el informe de Ponencia para Primer Debate en Plenaria se reiteró la idea de suprimir la inmunidad sustituyéndola por un 'fuero especial igual al de los altos funcionarios del Estado'." (Subrayado fuera de texto).

De este modo se confirma que el fuero penal de los congresistas implica ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia, siendo este su alcance y límite a la vez.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2018 modificó el artículo 186 Superior y determinó: (i) crear la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para investigar y acusar a los congresistas, (ii) esto último, ante la Sala de Primera Instancia de la misma Corporación y (iii) cuyas decisiones son apelables ante la Sala de Casación Penal. Dice la norma:

"ARTÍCULO 1. Adicionar el artículo 186 de la Constitución Política, el cual quedará así:

ARTÍCULO 186. De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada."

La reforma constitucional introducida en el año 2018 no varía la tesis que aquí se ha sostenido, según la cual el fuero constitucional de los congresistas se limita a



garantizarles que serán investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Todo lo contrario. La modificación del texto Superior refuerza la premisa expuesta en tanto ratifica la competencia a cargo de la Corte Suprema aun cuando distribuye las funciones de investigación y juzgamiento entre sus diferentes salas.

Así las cosas, tenemos que el fuero que la Constitución garantiza a los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado de la República tiene relación única y exclusivamente con el órgano que los investiga y juzga, esto es, la Corte Suprema de Justicia.

La insistente precisión realizada tiene un propósito fundamental para el presente cargo y es establecer una de las premisas a partir de las cuales la Corte Constitucional debe examinar el inciso acusado: **el fuero penal de los congresistas no incluye un régimen procesal penal propio**, comoquiera que la Carta Política únicamente se refiere a aspectos orgánicos.

5.5.2 El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.

El fuero penal de los congresistas, según se explicó previamente, consiste en que son investigados y juzgados únicamente por la Corte Suprema de Justicia. **Sin embargo, la Carta Política no les señaló un régimen procesal penal propio.** De hecho, de todos los grupos de aforados constitucionales que existen, solo el primero tiene reglas procesales especiales para su investigación y juzgamiento³⁶. Esto se debe a que los integrantes de tal grupo (Presidente de la República, magistrados de Altas Cortes, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación) deben ser procesados primero por ambas cámaras del Congreso de la República (arts. 175 y 178 CP), de modo que el respectivo juicio se adelanta conforme a las disposiciones previstas para el efecto en la Ley 5ª de 1992.

Entonces, si la Constitución no prevé un régimen procesal penal exclusivo para los congresistas, ¿cuál debe ser la regulación que ha de aplicárseles en los juicios criminales?.

³⁶ En la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional clasificó a los aforados constitucionales en tres (3) grupos (Fundamentos jurídicos 59 a 68). El **primero** está compuesto por el Presidente de la República, los magistrados de las Altas Cortes, los titulares del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. El **segundo** se integra por los congresistas. El **tercero y último** se conforma por quienes asuman la titularidad de la Vicepresidencia de la República, los ministerios del Despacho, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las agencias del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los tribunales, los departamentos administrativos, la Contraloría General de la República, las embajadas y misiones diplomáticas o consulares, las gobernaciones y magistraturas de tribunal, así como de los generales y almirantes de la Fuerza Pública.



La respuesta es que los Congresistas deben ser juzgados bajo el sistema penal acusatorio incorporado en el Acto Legislativo 03 de 2002, que desde el 31 de diciembre de 2008 es el único modelo constitucionalmente admisible para investigar y juzgar delitos cometidos por cualquier persona -sin excepciones en razón del cargo- con posterioridad al 1° de enero de 2005 (artículo 5° del AL 3 de 2002).

No obstante, el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 dispuso que las causas penales contra los legisladores seguirían siendo investigadas y juzgadas bajo el modelo penal inquisitivo (Ley 600 de 2000). Dice la norma:

"ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La excepción de la que trata el artículo citado se estipuló sin sustento constitucional alguno y, en consecuencia, es necesario que la Corte Constitucional la declare inexecutable. A continuación, se exponen las razones que justifican tal petición.

5.5.2.1 El Acto Legislativo 03 de 2002 no admite excepciones en razón de la persona para la aplicación del sistema penal acusatorio.

Tal como se ha explicado a lo largo de la presente demanda, la voluntad del Constituyente con el Acto Legislativo 03 de 2002 fue derogar por completo el modelo inquisitivo y transitar al sistema penal acusatorio. Para ello, en el artículo 5° de la reforma constitucional se estipuló que este último debía entrar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008, sin prever que después de esta fecha se permitiría continuar aplicando el modelo inquisitivo para determinadas personas en razón de sus calidades o del cargo que ostenten. Así las cosas, la disposición **no** habilitó al Congreso de la República para exceptuar a ninguna persona de la aplicación del sistema penal acusatorio.

En otras palabras, desde el 31 de diciembre de 2008 el sistema penal acusatorio es el único constitucionalmente admisible para investigar y juzgar a todas las personas que habiten el territorio nacional por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. Lo anterior, con independencia del cargo que ocupen en tanto el Acto Legislativo 03 de 2002 no previó excepción alguna en dicho sentido.

Ni los artículos 175 y 178 de la Carta Política, ni ningún otro del texto Superior, diseñaron un régimen procesal penal específicamente aplicable a los legisladores. En



consecuencia, se les debe aplicar el modelo general que la misma Constitución prevé: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002). Y dado que las normas del régimen general previsto en la Carta Política no admiten excepción legal alguna en razón de la persona, es constitucionalmente inadmisibles excluir a los legisladores del ámbito de aplicación del nuevo modelo de investigación y juzgamiento penal, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Si la decisión del Constituyente derivado hubiera sido exceptuar a los miembros del Congreso de la aplicación del sistema penal acusatorio por su condición de tales, así lo habría consignado de manera expresa en el texto definitivo del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que define su ámbito de operación. Empero, no lo hizo. Ello, aunado al propósito unívoco y claro de la reforma que era acabar con el viejo sistema de procesamiento penal para reemplazarlo integralmente por el acusatorio, conlleva a asegurar que la regla que permite continuar juzgando a los legisladores conforme al modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000) es inconstitucional.

5.5.2.2 La excepción del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está cobijada por la potestad de configuración del Legislador (art. 150-2 CP).

En virtud del artículo 150-2 Superior, el Congreso de la República cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para definir las reglas procesales. Lo anterior incluye el diseño del procedimiento para investigar y juzgar los delitos cometidos por sus miembros, como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“69. El anterior recuento permite advertir la existencia de una garantía común -el fuero constitucional- predicable de quienes asumen cualquiera de los roles estatales considerados por el Constituyente como destinatarios del mismo; cuya concreción normativa, inspirada en fines idénticos, es especial y reservada -en aquello no regulado por la Carta- a la definición del Legislador, a partir de la cláusula general de competencia.

70. En dicho ejercicio el Congreso de la República esté facultado para establecer las distinciones requeridas entre los grupos de aforados, y entre estos y los destinatarios comunes u ordinarios del ius puniendi estatal, las cuales no son, per se, violatorias del principio de igualdad, pero deben estar debidamente justificadas. En este sentido, la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero.”³⁷

Sin embargo, la potestad de configuración legislativa no es ilimitada al momento de establecer normas procesales en general, ni las aplicables a los congresistas en

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-146 de 2020.



particular. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la competencia en cometo tiene que ejercerse dentro de los linderos que la propia Carta Política prevé. Es entonces una potestad restringida por las disposiciones del texto Superior y los mandatos que se desprenden directamente de él:

*“4.8. Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en virtud de la cláusula general de competencia, el legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa que trasciende o va más allá de las funciones específicamente señaladas en el artículo 150 de la Carta Política, **también ha precisado que tal atribución no es absoluta, pues la misma debe desarrollarse de conformidad con las limitaciones y requisitos que la propia Constitución señala o que se derivan directamente de su texto.***

*4.9. En esa dirección, esta Corporación ha destacado que los límites a la competencia del Congreso para producir el derecho, interpretarlo, reformarlo y derogarlo, se derivan, fundamentalmente, (i) de la decisión constitucional de asignarle a otra rama del Poder Público u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121); (ii) de las cláusulas contenidas en la propia Carta Política que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas (C.P. art. 136); y (iii) de la obligación también derivada del Ordenamiento Superior, de respetar, en el contexto de la regulación legislativa de una determinada materia, **las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos directamente en la Carta.** En armonía con ello, también la jurisprudencia ha señalado que la atribución legislativa del Congreso (iv) debe ajustarse al trámite fijado por la Constitución para la expedición de las leyes (C.P. arts. 157 y sigs.) y (v) observar igualmente las materias que deben ser desarrolladas por cada tipo y categoría de ley (C.P. arts. 150 y sigs.).*

4.10. Así las cosas, por fuera de las restricciones que la propia Carta Política dispone, el Congreso de la República cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución, potestad que lo habilita no sólo para expedir las reglas de derecho que correspondan al adecuado funcionamiento del Estado Social de Derecho, sino también para interpretarlas, reformarlas y derogarlas, atribuciones que a su vez pueden ser ejercidas en forma amplia y flexible, en relación con el marco de competencias legislativas previstas en el artículo 150 Superior.”³⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En la sentencia C-126 de 2016 la Corte Constitucional se refirió específicamente al artículo 150-2 Superior y precisó que uno de los límites a la facultad en él conferida es la estricta observancia de todas las normas constitucionales. De este modo reiteró que la libertad de configuración legislativa no es una potestad absoluta:

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.



“De conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. Sin embargo, esa libertad de configuración normativa que la Carta Magna le otorga al Legislador, aunque es amplia, tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales.” (Subrayado fuera de texto).

En forma reciente, la sentencia C-458 de 2020 retomó la sentencia C-319 de 2013 para explicar -una vez más- los límites de la libertad de configuración normativa al momento de crear procedimientos judiciales. Dijo entonces:

“A la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, el legislador ordinario cuenta con, al menos, cuatro limitantes para el ejercicio de sus facultades de regulación de los procedimientos administrativos y/o judiciales exigibles para la configuración de una determinada situación jurídica, las cuales también deben ser comprendidas como predicables de las competencias legislativas extraordinarias del Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción.

207. En concreto, a la luz de la Sentencia C-319 de 2013, el legislador (indistintamente de su calidad) no puede pretender desconocer con las regulaciones que desarrolla:

‘(i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia’.

208. En ese sentido, si bien el legislador, por regla general goza de una amplia autonomía para el ejercicio de sus competencias regulatorias, debe enmarcar sus actuaciones en estos parámetros básicos so pena de que, en vez de crear una ruta de acceso al efectivo goce de los derechos, obstaculice e incluso restrinja su consecución material y garantía.” (Subrayado fuera de texto).

El breve recuento realizado reafirma la premisa de este apartado: el diseño de las reglas procesales es un proceso discrecional del Legislador, aunque siempre supeditado a lo dictado por la Constitución y lo que se desprenda directamente de ella. Y en tratándose específicamente de las normas procesales aplicables a los congresistas, en la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional también explicó que “la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero”. Bajo ese marco es procedente analizar el inciso demandado.



En uso de la competencia prevista en el artículo 150-2, así como en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, el Congreso de la República redactó el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 y dispuso que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serían investigados y juzgados conforme al sistema penal acusatorio. Sin embargo, exceptuó de dicha regla los punibles cometidos por los congresistas. Ello no es constitucionalmente admisible por las razones que se explican a continuación.

El Legislador tiene un amplio margen de competencia para determinar el régimen procesal penal aplicable a los Senadores y a los Representantes a la Cámara, tanto así que puede crear reglas diferentes a las ordinarias para ellos en comparación con las aplicables a quienes no ostentan dichos cargos³⁹. No obstante, recuérdese que la potestad en comento encuentra precisos límites en las “normas constitucionales”⁴⁰ y en “la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial”⁴¹.

Para el caso colombiano, **la Carta Política -en concreto el Acto Legislativo 03 de 2002- fijó directamente el trámite judicial para investigar y juzgar los delitos cometidos por todos los colombianos (sin excepción), o al menos el marco general de dicho procedimiento: el sistema penal acusatorio.** Este se caracteriza por, entre otros aspectos (art. 2° del Acto Legislativo 03 de 2002):

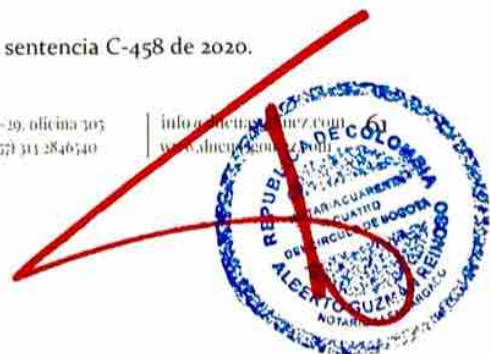
- (i) La existencia del juez de control de garantías.
- (ii) La plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, de modo que el fiscal (o quien funja como investigador y acusador) es incompetente para ordenar medidas de aseguramiento.
- (iii) En virtud de lo anterior, y por regla general, el funcionario investigador no puede dictar órdenes de captura ni decidir sobre medidas que implican restricciones severas a los derechos fundamentales.

Luego, con la expedición de la excepción prevista en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el Congreso excedió su potestad de configuración normativa en tanto excluyó a sus miembros del marco general de investigación y juzgamiento penal consagrado en el Acto Legislativo 03 de 2002. Ello desconoce el artículo 5° de la mentada reforma, relativa a su ámbito de aplicación. Adicionalmente, los sometió a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que no garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002,

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2013. Reiterada en la sentencia C-458 de 2020.



dado que bajo dichas reglas no existe juez de control de garantías y el investigador conserva competencia para imponer medidas de aseguramiento, entre otros aspectos contemplados en la reforma constitucional.

Si la decisión del Legislador era crear un procedimiento especial para los congresistas, lo podía hacer en virtud de su potestad de configuración y debido a que ello no rompe el principio de igualdad⁴². Empero, tenía que hacerlo dentro del marco del sistema penal acusatorio introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y respetando sus características mínimas, previamente enunciadas, lo que evidentemente no ocurrió al mantener el procesamiento bajo el modelo inquisitivo suprimido de la Constitución.

Por tanto, como *"el control constitucional a la libertad de configuración legislativa es ante todo un control de límites"*⁴³ y *"no es viable que esta Corporación permita concepciones legales que vayan en contravía de la norma Superior o quebranten derechos y principios en ella consagrado"*⁴⁴, es necesario declarar inexecutable la excepción contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, toda vez que dicha norma no respeta los límites impuestos por los artículos 2° y 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 sobre el modelo de investigación y juzgamiento penal aplicable a los habitantes del territorio nacional, a la vez que excede la competencia consagrada en el artículo 150-2 de la Carta Política.

5.5.2.3 Mantener la investigación y juzgamiento penal de los congresistas bajo el sistema inquisitivo desconoce los profundos cambios jurisprudenciales y normativos que este último ha sufrido.

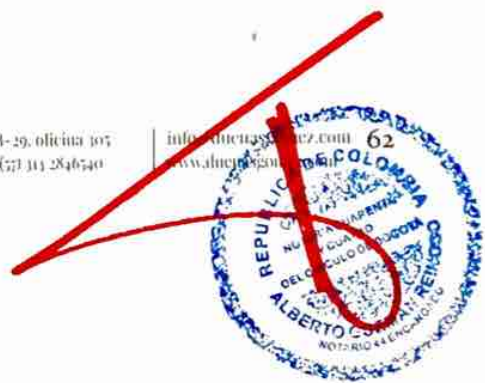
La Ley 906 de 2004, y en particular la excepción contenida en su artículo 533, fueron diseñadas en un contexto muy particular. Lo anterior, toda vez que para entonces la Sala de Casación Penal investigaba y juzgaba a los congresistas sin que existiera una división funcional de ambas facultades. Además, dichos funcionarios no gozaban del derecho a la doble instancia, y mucho menos del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

Tales condiciones fueron variando a lo largo de los años, al punto de que en la actualidad el contexto del juicio criminal contra los legisladores es completamente opuesto al enunciado. Esto se debe a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y a la intervención del Constituyente derivado para corregir graves deficiencias del modelo inquisitivo. Para evidenciarlas, reseñemos brevemente las sentencias y la

⁴² Corte Constitucional, sentencia 545 de 2008.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 2016.

⁴⁴ Ibidem.



reforma constitucional que dieron paso a la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, así como al reconocimiento de los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad.

(i) Sentencia C-545 de 2008. La obligación de separar las funciones de investigación y juzgamiento en cabeza de la Sala de Casación Penal.

En este pronunciamiento la Corte Constitucional determinó que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exigible, *“en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso”*. Para justificar su decisión, explicó que el artículo 29 Superior y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia reconocen el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el cual debe garantizarse en sus dimensiones subjetiva y objetiva. Y en relación con esta última, precisó que su finalidad es evitar que el funcionario encargado de investigar y acusar sea el mismo competente para juzgar, pues sus ideas preconcebidas podrían influir en la decisión final:

“Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó verbi gratia a proferir una resolución de acusación, - como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la Ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento) -, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconcepciones que para él han resultado sólidas.

Esto se evita, según se ha asumido doctrinalmente y en creciente número de legislaciones, con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.” (Subrayado fuera de texto).

También trajo a consideración jurisprudencia y doctrina internacional, particularmente de Estados Unidos, España y Argentina, para evidenciar que a nivel mundial se ha propendido por la separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Esto en aras de garantizar integralmente el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Después de tal recuento, sostuvo que Colombia tenía que adaptarse a la evolución internacional sobre la imparcialidad objetiva, de modo que debía



producirse una reforma en virtud de la cual se impidiera que los magistrados de la Sala de Casación Penal que fungieran como investigadores fueran los mismos que adoptaran la decisión sobre la responsabilidad penal del congresista:

*“Esa actual tendencia demuestra que, aunque la competencia integral que la Constitución colombiana le asigna a la Corte Suprema de Justicia para adelantar tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso es un ineludible mandato constitucional, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración, al reglamentar el procedimiento aplicable a esa clase de acciones penales, debe obedecer a un ejercicio razonable y proporcionado de dicha facultad, asegurando que el juicio sea realizado por un juez o tribunal establecido con anterioridad por la ley, competente, **‘independiente e imparcial’**, concepto este último que ha venido evolucionando en la doctrina internacional, para que se evite ya no solo la parcialización intencional sino el apego a preconceptos.*

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 ibidem las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

Así, esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar.” (Subrayado fuera de texto).

La Corte hizo énfasis en la necesidad de separar las funciones de instrucción y las de juzgamiento. Como se explica más adelante, aunque se ha avanzado en esta tarea, para finalizarla se requiere que los congresistas sean procesados conforme a los postulados del sistema penal acusatorio.

(ii) Sentencia C-792 de 2014. El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

En este pronunciamiento la Corte Constitucional analizó el artículo 32.2 de la Ley 906 de 2004, que otorga competencia a la Sala de Casación Penal para conocer los recursos de apelación interpuestos contra autos y sentencias dictadas por los Tribunales Superiores. El reproche puntual estaba dirigido a señalar que la disposición no consagraba un recurso efectivo para garantizar la impugnación de la primera condena penal impuesta en el trámite de la segunda instancia.



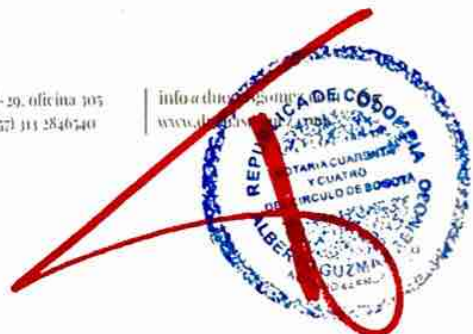
Para resolver la controversia, la Corporación se centró en caracterizar el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria a partir de los siguientes elementos: (i) fundamento normativo, (ii) estatus jurídico, (iii) ámbito de acción, (iv) contenido, (v) objeto y (vi) finalidad. Luego de ello concluyó que *“el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente”*. En otras palabras, determinó que el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria es diferente a la doble instancia, figura sobre la cual el Legislador sí puede establecer excepciones.

Después, la Corte Constitucional se cuestionó acerca de la existencia o no de un derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria dictada en el curso de la segunda instancia, y concluyó que sí existía tal derecho. Acto seguido puntualizó que *“este derecho tiene como contrapartida el deber del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que permita el ejercicio de tal prerrogativa. No obstante, no existe un acuerdo sobre el alcance de tal deber”*. En aras de establecer cómo tenía que ser el recurso, la Sala anotó que el mismo debería permitir que *“responsabilidad sea revisada por una instancia judicial distinta a quien impuso la condena, y a que, en este marco, todos los elementos normativos, fácticos y probatorios en que se suporta la correspondiente decisión judicial, sean sometidos a un nuevo escrutinio”*.

A partir de dichas características, la Corte concluyó que los recursos existentes son vías procesales *“debilitadas”*. De ahí que *“se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve el condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”*. Por ese motivo, la Corte decidió exhortar al Congreso de la República para que *“regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias”*.

De este modo, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) también fue reconocido a los aforados constitucionales -entre los que se encuentran los congresistas- comoquiera que sus juicios son (eran) de aquellos adelantados en única instancia.

(iii) El Acto Legislativo 01 de 2018. La profunda modificación institucional del esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.



El Acto Legislativo 01 de 2018 incorporó a la Carta Política las órdenes dadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-545 de 2008 y C-792 de 2014, a la vez que terminó con los juicios criminales de única instancia contra congresistas.

En su artículo 1º modificó el artículo 186 de la Constitución en el sentido de establecer la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, cuya función es investigar y acusar a los legisladores. También dispuso que dichos funcionarios deben ser juzgados por la Sala Especial de Primera Instancia, cuya decisión es susceptible de ser apelada ante la Sala de Casación Penal. De este modo separó -dentro de la misma Corte Suprema de Justicia- las funciones de instrucción y juzgamiento (cumplimiento de la sentencia C-545 de 2008) y consagró el derecho a la doble instancia. También incluyó un inciso final al artículo 186 de la Carta Política para incluir el derecho a impugnar la sentencia primera condena.

El artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 234 Superior, previó: *“en el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena”*. Así las cosas, se ratificó la instauración de los procesos de doble instancia y se le reconoció a los congresistas el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (cumplimiento de la sentencia C-792 de 2014).

Las modificaciones en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas tienen una característica común: son elementos esenciales de los modelos de tendencia acusatoria, que por demás rompen con la concepción del sistema penal inquisitivo. En especial el cambio exigido desde la sentencia C-545 de 2008 y constitucionalizado mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, relativo a separar las funciones de investigación y juzgamiento.

Es bajo este contexto que consideramos inconstitucional continuar avalando la aplicación de la Ley 600 de 2000 (régimen inquisitivo).

Primero, porque desconoce la tendencia nacional e internacional de dejar atrás los modelos inquisitivos -e incluso mixtos- de investigación y juzgamiento, la cual se materializa no en decisiones políticas, sino en verdaderos instrumentos jurídicos del más alto nivel como el texto de la propia Constitución, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, los tratados de derechos internacionales ratificados por Colombia, así como la legislación y las decisiones adoptadas por otros Estados y sus máximos órganos de justicia.

Segunda, porque de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000, el ente investigador -que para el caso de los congresistas es la Sala Especial de Instrucción-



está habilitado para imponer medidas de aseguramiento, dictar órdenes de captura, interceptar comunicaciones sin revisión judicial (previa o posterior), entre otras facultades que por su naturaleza tienen que ser adoptadas por un juez y sometidas al tamiz del control de garantías. Es decir, no existe una verdadera división entre las funciones de investigación y las de carácter judicial. De ahí que no solo sea de imperioso, sino también de obligatorio cumplimiento por mandato constitucional. Ello solo se logra ordenando que los congresistas sean investigados y juzgados penalmente bajo las reglas del sistema penal acusatorio.

5.5.2.4 Conclusión

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serán investigados y juzgados conforme a las normas del sistema penal acusatorio, salvo aquellos realizados por los congresistas. En esencia, dicha excepción es inconstitucional por tres razones, que si bien son independientes presentan una relación entre sí, a saber:

(i) El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que el sistema penal acusatorio debe estar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, sin excluir a ninguna persona -por razón de sus calidades o del cargo que ostenda- de la aplicación del nuevo modelo. Luego, la excepción legal contenida en la expresión acusada no es avalada por el ordenamiento superior.

(ii) En línea con anterior, la disposición demandada supone un ejercicio desbordado de la potestad de configuración de la que goza el Congreso de la República, en detrimento del artículo 150-2 de la Constitución. Lo anterior, debido a que irrespetó los límites previstos en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, según los cuales ninguna persona que habite el territorio nacional está exceptuada de la aplicación del sistema penal acusatorio. Además, porque sometió a los congresistas a ser investigados y juzgados penalmente bajo un modelo (Ley 600 de 2000) que no satisface las características mínimas del sistema penal acusatorio (art. 2, Acto Legislativo 03 de 2002).

(iii) Por último, se explicó que el esquema penal inquisitivo aplicable a los legisladores ha sufrido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados. Bajo



contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce las directrices jurídicas enunciadas, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

Por las anteriores razones, respetuosamente solicitamos declarar inexecutable la expresión “los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

5.5.3 La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 243 de la Carta Política dispone que “los fallos que la Corte [Constitucional] dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

La configuración de la cosa juzgada constitucional depende de la concurrencia de tres (3) presupuestos, reseñados en la sentencia C-039 de 2021: “i) identidad de objeto; ii) identidad de causa y iii) subsistencia del criterio de control de constitucionalidad, vale decir ‘que no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que de manera excepcional hagan procedente la revisión, lo que la jurisprudencia ha referido como un nuevo contexto de valoración’.”

Para el asunto que nos convoca, no se configura la cosa juzgada constitucional en tanto no están dados los últimos dos requisitos precisados por la jurisprudencia.

- **No existe identidad de causa.** El presente cargo se dirige contra el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, disposición declarada executable mediante la sentencia C-545 de 2008. En su entonces, el análisis se centró única y exclusivamente en establecer si lo demandado contravenía o no el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así fue reseñado por la propia Corte Constitucional en el señalado fallo:

“2.- Lo que se debate.

Para los demandantes, el aparte censurado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 atenta contra el principio de igualdad, al considerar que la distinción en el procedimiento penal aplicable por la Corte Suprema de Justicia a los miembros del Congreso es una medida desproporcionada, sin una verdadera y razonada justificación, que se funda en ‘criterios sospechosos’.

En consecuencia, corresponde a la Corte establecer si la expresión ‘Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la



Ley 600 de 2000, desconoce el artículo 13 superior, al señalar que la investigación y el juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia debe tramitarse por el procedimiento penal contemplado en la Ley 600 de 2000, y no bajo el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004. (Subrayado fuera de texto).

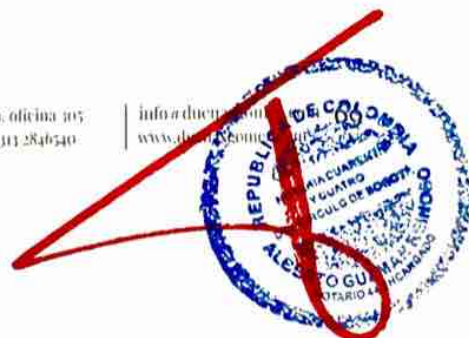
Por el contrario, en la presente oportunidad se cuestiona el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 porque permite que los delitos cometidos por los congresistas sean investigados y juzgados bajo la Ley 600 de 2000, en lugar de las reglas correspondientes al sistema penal acusatorio, puesto que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 -que define el ámbito de aplicación del nuevo modelo de procesamiento penal- no contempla dicha excepción.

Lo anterior también se traduce en un indebido ejercicio de la potestad de configuración normativa del Legislador. Ello porque, además de introducir una excepción no avalada por el ordenamiento superior, la norma acusada somete a los miembros del Congreso a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que en lo absoluto garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002.

De lo anterior se concluye que las razones de inconstitucionalidad aquí esgrimidas difieren completamente de las estudiadas en la sentencia C-545 de 2008. Por tanto, es imposible predicar la existencia de la cosa juzgada y la Corte Constitucional está habilitada para fallar de fondo.

- **El criterio de control constitucional ha variado sustancialmente.** La sentencia C-545 de 2008 se dictó en un momento en el cual: (i) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no había separado las funciones de instrucción y juzgamiento, como lo advierte el propio fallo; (ii) el proceso penal contra congresistas era de única instancia; y (iii) tampoco se había incorporado, formalmente, el derecho a la doble conformidad. De hecho, estas antiguas características del juicio criminal contra los legisladores fueron parte fundamental de la *ratio decidendi* del pronunciamiento en comento, atribuyéndoles ventajas como la economía procesal, no ser sometidos a errores propios de los jueces y tribunales inferiores, así como la posibilidad de ejercer la acción de revisión:

“3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ‘ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas’; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.



Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3º del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.) mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: 'la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.'

(...)

Debe recalarse que no es la misma situación la de una persona que es investigada por la Fiscalía General de la Nación o mediante el procedimiento especial ante el Congreso, que la de aquéllos que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, pues estos últimos, como se indicó en precedencia, gozan además de las ventajas de la economía procesal y la probabilidad de que la decisión esté menos expuesta a error que ante otros despachos judiciales."

Además, el fallo bajo estudio retomó la sentencia C-934 de 2006, en la que la Corte Constitucional defendió la posibilidad de que el Legislador determinara "si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto".

En la actualidad el contexto dentro del cual se profirió la sentencia C-545 de 2008 ha cambiado de manera sustancial. Tal como se explicó en precedencia, en virtud de la Sentencia C-545 de 2008, de la sentencia C-792 de 2014 y del Acto Legislativo 01 de 2018 (siendo estos los hitos más significativos): (i) la investigación y acusación penal contra los congresistas corresponde a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia; (ii) ellos tienen derecho a ser juzgados en doble instancia, la primera a cargo de la Sala Especial de Primera Instancia y la segunda a cargo de la Sala de Casación Penal; y (iii) también tienen derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) debido al diseño institucional previsto en el Acto Legislativo 01 de 2018.

En ese orden de ideas, los argumentos que se fundaban en el extinto contexto del juicio penal contra los congresistas actualmente carecen de soporte fáctico y normativo. Luego, es procedente y necesario que la Corte Constitucional examine la disposición acusada a partir de la nueva realidad imperante.

En suma, dado que el cargo de inconstitucionalidad estudiado en la sentencia C-454 de 2008 difiere de los aquí propuestos, y comoquiera que el contexto en el cual se profirió la decisión ha cambiado de manera profunda, no se configura la cosa juzgada constitucional. Por tanto, la Corte Constitucional puede adoptar un pronunciamiento de fondo sobre el particular.



6. APTITUD DE LOS CARGOS

En virtud del artículo 40-6 de la Carta Política, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una de las manifestaciones centrales de esta garantía es la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Sin embargo, aquella debe ponderarse con el deber que tiene la Corte Constitucional de pronunciarse sobre demandas que estén suficiente y correctamente sustentadas⁴⁵.

La jurisprudencia ha establecido un conjunto de requisitos mínimos que todo ciudadano debe satisfacer al momento de justificar “*las razones de la violación*” de una norma que, desde la sentencia C-1052 de 2001, se sistematizan en el deber de exponer argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes:

“La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, por regla general, releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental’, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.”

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente sobre una deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ‘esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden’.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-146 de 2017.



relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

*La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que 'el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico'; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola 'de inocua, innecesaria, o reiterativa' a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

*Finalmente, la **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional".⁴⁶*

Los cargos formulados en la presente demanda satisfacen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional. Veamos.

(i) En primer lugar, los cargos son **claros** porque siguen un hilo conductor que permite al lector comprender su contenido y sus justificaciones. El primer cargo inicia

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001. Reiterada en muchas otras sentencias, como las siguientes: C-468 de 2016, C-726 de 2015, C-931 de 2014, C-612 de 2013, C-533 de 2012, C-456 de 2012, C-198 de 2012, C-101 de 2011, C-029 de 2011, C-028 de 2011, C-102 de 2010, C-025 de 2010, C-372 de 2009, C-1087 de 2008, C-293 de 2008, C-922 de 2007, C-370 de 2006, C-1197 de 2005, C-1123 de 2004, C-901 de 2003, C-889 de 2002, C-183 de 2002 y C-1256 de 2001.



con la explicación de los lineamientos previstos en el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la vigencia e implementación del sistema penal acusatorio y el correlativo cese de la aplicación del modelo inquisitivo. También se desarrolla cuál fue el objetivo del Constituyente derivado al señalar el 31 de diciembre de 2008 como fecha para el plena vigencia del nuevo esquema procesal penal. Seguidamente se hace referencia a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 y sin los cuales no se logra comprender el contenido de la reforma constitucional en materia de tránsito de legislación. Por último, se argumenta que los artículos demandados, interpretados de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Penal -explicada al comienzo de la demanda-, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 impide que después del 31 de diciembre de 2008 se emplee el modelo inquisitivo para perseguir delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005.

El segundo cargo comienza con una breve explicación de los artículos 29 y 299 de la Carta Política para después desarrollar los principios de legalidad penal y de respeto por las formas de cada juicio. Preciado su alcance, se señala que su observancia implica acatar el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y acto seguido, se explica que ambos preceptos superiores son desconocidos por las disposiciones acusadas en tanto permiten que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005.

El tercer cargo empieza con una explicación sobre en qué consiste el principio de juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva. Después se explica que desde el 31 de diciembre de 2008, todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos ante el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Acto seguido se señala que comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es el deber ser.

El cuarto cargo inicia con una breve explicación del derecho a la igualdad en su concepción aristotélica: igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales. Luego se anota que antes del 31 de diciembre de 2008 existía un principio de razón suficiente para aplicar la ley procesal penal de manera diferenciada según el lugar de comisión del delito, pero que después de aquella fecha no existe ninguna razón para que un punible ejecutado luego del 1° de enero de 2005 sea perseguido bajo el modelo inquisitivo. Finalmente, se concluye que los preceptos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, desconocen el derecho a la igualdad en la medida que por



esa vía se continúa recurriendo a criterios territoriales y de gradualidad desuetos que al aplicarse perpetúan la utilización diferenciada de la ley procesal penal. Lo anterior, a pesar de que esto último carece de sustento desde la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008).

El quinto cargo parte de definir el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas. En concreto, se explica que dicha garantía consiste única y exclusivamente en que sus delitos deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Luego, no están cobijados por un régimen procesal penal propio, lo que de suyo significa que les es aplicable el modelo general que la propia Carta Política prevé: el sistema penal acusatorio. A continuación se desarrollan las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000. Finalmente, se expone por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

(ii) En segundo lugar, la demanda recae sobre una proposición **cierta**, es decir, verificable, que se desprende del texto de una Ley vigente.

El alcance que se le da al contenido de las normas acusadas se deriva de una interpretación consistente, consolidada y relevante que emana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que es acogida por la jurisdicción ordinaria penal, así como por la Fiscalía General de la Nación según se explicó y ejemplificó a lo largo del presente documento (derecho viviente). De ahí que no se trate de una lectura basada en conjeturas, sino en una debidamente constatada. En cuanto al cargo quinto, que se deslinda de los cuatro anterior, tenemos que la proposición demandada es cierta en tanto que se deriva de la lectura literal del artículo 533 de la Ley 906 de 2006.

(iii) En tercer lugar, los argumentos esgrimidos son **específicos y pertinentes**.

En el primer cargo se explica que las normas acusadas (en concreto su interpretación) desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005.

En el segundo cargo se sostiene que los artículos demandados (o mas bien la lectura que se les ha dado) infringen los principios de legalidad penal y el respeto de las formas propias de cada juicio, consagrados en el artículo 29 Superior.

En el tercer cargo se justifica la infracción del derecho al juez natural (art. 29 CP) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 299 CP). En el cuarto cargo se afirma que las disposiciones cuestionadas (su hermenéutica en realidad) vulneran el derecho a la



igualdad (art. 13 CP) desde su dimensión aristotélica (igualdad entre iguales, desigualdad entre desiguales). Y en el quinto cargo se alega que el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual. De modo que las acusaciones se fundamentan en razones concretas y plantean un debate sobre la constitucionalidad de la norma, mas no de su conveniencia.

(iv) Por último, la forma como están contruidos los cargos y las razones que se brindaron para cuestionar las normas demandadas (en particular su interpretación judicial) son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de aquella. De ahí que también se cumpla con el requisito de **suficiencia**.

7. SOLICITUD

De acuerdo con los argumentos y consideraciones expuestas en la demanda, respetuosamente solicitamos:

1. Declarar inexecutable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.
2. En subsidio, declarar executable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que a partir del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar penalmente a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la Ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1° de enero de 2005.
3. Declarar inexecutable la expresión *“los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”*, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

8. COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, en concordancia con el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra una ley de la República.



9. NOTIFICACIONES

- Yefferson Mauricio Dueñas Gómez recibe notificaciones en la carrera 14 # 93B-29, oficina 305, de Bogotá. También en los correos electrónicos: yduenas@gmail.com - yduenas@duenasgomez.com.

- John Jaime Posada Orrego recibe notificaciones en la calle 49 No. 50-21, oficina 2502, Medellín. Correo electrónico: johnjaimep@gmail.com

Con dicciones de comedimiento,

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ.
CC. 7'175.697 de Tunja

JOHN JAIME POSADA ORREGO
CC. 8.397.915 Bello (Antioquia).

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMA Y CONTENIDO DE DOCUMENTO PRIVADO
Artículo 68 Decreto Ley 960 de 1970 y Decreto 1069 de 2015

5336878

En la ciudad de Bogotá D.C., Republica de Colombia, el veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021), en la Notaría Cuarenta y Cuatro (44) del Circulo de Bogotá D.C., compareció: YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 7175697 y declaró que la firma que aparece en el presente documento es suya y el contenido es cierto.

Firma autografa

5755r9g77n4
26/08/2021 - 09:34:59

Conforme al Artículo 18 del Decreto Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

ALBERTO GUZMAN REINOSO
Notario Cuarenta y Cuatro (44) del Circulo de Bogotá D.C. - Encargado





DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



5282884

En la ciudad de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021), en la Notaría Dieciséis (16) del Círculo de Medellín, compareció: JOHN JAIME POSADA ORREGO, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 8397915, presentó el documento dirigido a DG- DUEÑAS GOMEZ ABOGADOS -NOTIFICACIONES y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.



v4z2p093dlo5
24/08/2021 - 10:56:16



----- Firma autógrafa -----

Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.



ALVARO POSADA CASTAÑO

Notario Dieciséis (16) del Círculo de Medellín, Departamento de Antioquia

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: v4z2p093dlo5

Acta 4

“El que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado.” G. Radbruch.

Honorables Magistradas y Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
(Reparto)

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*.

Respetuoso saludo.

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ y JOHN JAIME POSADA ORREGO, en nuestra condición de ciudadanos, identificados como aparece al pie de las respectivas firmas, con fundamento en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Carta Política, presentamos demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*. La demanda sigue la siguiente estructura metodológica:

1.	CONTEXTO DE LA DEMANDA	3
2.	NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA	7
3.	ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)	12
3.1	La teoría del derecho viviente en la jurisprudencia constitucional	12
3.2	La interpretación de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 realizada por la Sala de Casación Penal es susceptible de control constitucional	15
4.	NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS	16
5.	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	17
5.1	CARGO PRIMERO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005	18
5.1.1	El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano	18
5.1.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002	21
5.1.3	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.	24

5.2	CARGO SEGUNDO. Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.....	27
5.2.1	Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.	27
5.2.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.....	32
5.3	CARGO TERCERO. Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.....	35
5.3.1	El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).	35
5.3.2	El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.	38
5.3.3	Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.	43
5.4	CARGO CUARTO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1° y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron47	
5.5	CARGO QUINTO. El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.....	51
5.5.1	El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.....	52
5.5.2	El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.....	56
5.5.3	La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.....	68
6.	APTITUD DE LOS CARGOS.....	71
7.	SOLICITUD	75
8.	COMPETENCIA	75
9.	NOTIFICACIONES.....	76

1. CONTEXTO DE LA DEMANDA

La Constitución de 1991 introdujo uno de los cambios más importantes para la modernización de la persecución penal en Colombia: la creación de la Fiscalía General de la Nación. Infortunadamente, en cuanto a la instrucción, investigación y juzgamiento, la Carta Política mantuvo el -antiquísimo- modelo inquisitivo. No fue sino hasta 11 años después, con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, que se incorporó el sistema penal acusatorio al ordenamiento jurídico colombiano y al hacerlo se pretendió dejar atrás, de una vez por todas, el esquema inquisitivo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 realizó profundos cambios sustanciales en materia penal, como la creación del juez de control de garantías, la severa limitación de funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación, la incorporación de principios tales como la oralidad y la inmediación, entre otros. Adicionalmente, la reforma constitucional se encargó de fijar los parámetros temporales para implementar el nuevo modelo de investigación y juzgamiento. Señaló que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara el Legislador y que debía ponerse en marcha de manera gradual en el territorio nacional, **pero en todo caso tenía que estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.**

El Congreso de la República, en cumplimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, dictó la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. En el artículo 533 determinó que **el sistema penal acusatorio es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005.** Y en el artículo 530 definió el régimen de implementación gradual del nuevo modelo, para lo cual conformó cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales en los que se iría incorporando el modelo año tras año¹. En todo caso, por mandato expreso del acto reformativo de la Constitución, este modelo de implementación tenía como fecha límite el 31 de diciembre de 2008. Así las cosas, la vigencia del sistema penal acusatorio fue inmediata y uniforme para todo el país (desde el 1° de enero de 2005), pero con aplicación escalonada por Distritos Judiciales hasta el 31 de diciembre de 2008.

La particular fórmula anotada generó una aplicación simultánea del sistema penal inquisitivo y del sistema penal acusatorio entre los años 2005 y 2008. Pero la voluntad del Constituyente (y también del Legislador), fue que desde el 31 de diciembre de 2008 Colombia tuviera un sistema penal acusatorio sin aplicación concurrente con el modelo inquisitivo. De ahí que desde esa fecha todo delito cometido con posterioridad

¹ La aplicación inició el 1° de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira; el 1° de enero de 2006 en los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal; el 1° de enero de 2007 en los Distritos Judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y el 1° de enero de 2008 en los Distritos Judiciales restantes.

al 1° de enero de 2005 (cuando entró en vigencia la Ley 906 de 2004) tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros del sistema penal acusatorio.

No obstante, la práctica judicial ha sido completamente opuesta a lo ordenado por las normas antes aludidas. En efecto, después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha abierto procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. Solo para ilustrar a la Corte Constitucional, me permito referir algunos ejemplos:

- Caso del señor Whitman Herney Porras Pérez. El 12 de febrero de 2009 el entonces Fiscal General de la Nación dispuso apertura formal de investigación en su contra por la posible autoría de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo con los de peculado por apropiación. Los punibles fueron cometidos durante su periodo como Gobernador de Casanare, esto es, entre los años 2006 y 2007².

- Caso del señor Julio Enrique Acosta Bernal. El 10 de noviembre de 2011 el Fiscal General de la Nación inició investigación forma en su contra como presunto responsable a título de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso heterogéneo. Lo anterior, por celebrar el contrato No. 69 del 25 de abril de 2006, época en la que fungía como Gobernador de Arauca³.

- Caso de los señores Trino Luna Correa, Francisco José Infante Vergara y Omar Ricardo Diazgranados Velásquez, ex Gobernadores de Magdalena. El 31 de marzo de 2017 la Fiscalía General de la Nación ordenó abrir instrucción en su contra por las posibles irregularidades en el contrato No. 081 de 9 de febrero de 2007, suscrito con la *Unión Temporal Parque TAYKU*, cuyo objeto fue la construcción del parque cultural TAYKU en la ciudad de Santa Marta.

- Caso del señor Aníbal Gaviria Correa. El 5 de noviembre de 2019 la Fiscalía General de la Nación le inició investigación formal por supuestas anomalías en un contrato suscrito el 22 de diciembre de 2005 por la Gobernación de Antioquia -que él encabezaba- con el Consorcio Troncal de la Paz.

Los casos mencionados tienen como común denominador lo siguiente:

- (i) Los hechos objeto de investigación son posteriores al 1° de enero de 2005;

² Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 13 de marzo de 2013, rad. 37.858.

³ Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SP18532-2017 del 8 de noviembre de 2017, rad. 43.263.

- (ii) Los procesos se abrieron formalmente después del 31 de diciembre de 2008;
- (iii) El modelo procesal que se las aplicó o ha aplicado es la Ley 600 de 2000 (inquisitivo) y no la Ley 906 de 2004 (acusatorio).

Ninguna autoridad judicial, incluyendo la Sala de Casación Penal, ha rechazado tal proceder. Antes bien, lo han avalado. La pregunta que surge es la siguiente:

¿Por qué se permite que después del 31 de diciembre de 2008 se inicien procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005?

La respuesta es que la jurisdicción ordinaria penal, encabezada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente. Ello con independencia del momento en que se hayan iniciado a perseguir (2, 5 o incluso 10 años después de la plena implementación del sistema penal acusatorio). **Así lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.**

En pocas palabras, las autoridades judiciales tienen en cuenta el régimen de transición contemplado en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 para definir el régimen procesal aplicable a delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, pero comenzados a investigar luego del 31 de diciembre de 2008. Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen de transición finalizó en esta última fecha y no tiene sentido fáctico ni jurídico después de ella, la fórmula adoptada por la jurisdicción ordinaria es irrazonable y constitucionalmente inaceptable.

Permitir que la Ley 600 de 2000 se aplique después del 31 de diciembre de 2008 para delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 desconoce que el Acto Legislativo 03 de 2002 prohibió expresamente la utilización del modelo inquisitivo con posterioridad a la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008). Ello sin contar los problemas que genera en torno a postulados de rango constitucional como el principio de legalidad en materia penal, el respeto de las formas propias de cada juicio, el juez natural y el derecho a la igualdad.

De lo dicho se concluye que no se atacan los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 como tal, sino la interpretación y empleo que se les ha dado por parte de la jurisdicción ordinaria penal y de las demás autoridades que intervienen en los juicios criminales (*derecho viviente*).

Adicionalmente, en la presente demanda también se solicita declarar la inexequibilidad del inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual los delitos cometidos por los congresistas son investigados y juzgados bajo las reglas del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000). Las razones son esencialmente tres:

(i) Los artículos 175 y 178 de la Constitución regulan el fuero penal de los congresistas, que consiste única y exclusivamente en que la investigación y juzgamiento de los delitos por ellos cometidos corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Pero tales normas, ni ninguna otra de la Carta Política, establecen un régimen procesal penal especial aplicable a los funcionarios en comento. De ahí que su investigación y juzgamiento debe adelantarse bajo modelo general previsto en la Constitución: el sistema penal acusatorio introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma que no previó -ni expresa ni tácitamente- ninguna excepción en relación con los congresistas.

(ii) La exclusión de que trata el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está amparada por la libertad de configuración normativa. En efecto, aunque en virtud de ella se pueden diseñar procedimientos penales especiales (diferentes a los ordinarios) aplicables a la investigación y juzgamiento penal de los congresistas, tales reglas deben responder al único modelo de procesamiento penal constitucionalmente admitido y actualmente vigente: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002). Esto último no lo satisface la aplicación de la Ley 600 de 2000.

(iii) El modelo penal inquisitivo aplicable a los congresistas ha tenido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Y dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados, en particular de la H. Corte Constitucional. Bajo ese contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce mandatos superiores, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, propósito que se ha buscado desde la sentencia C-545 de 2008 y el Acto Legislativo 01 de 2018.

En suma, al inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional por el abierto desconocimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, el exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa y la falta de correspondencia del modelo

inquisitivo con los progresos en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.

Por último, quisiéramos poner de presente que esta es la oportunidad para que la Corte Constitucional haga efectiva la voluntad del Constituyente de terminar, de una vez por todas, la aplicación del modelo inquisitivo en Colombia y dar paso al sistema penal de tendencia acusatoria. No es jurídicamente admisible que después de 19 años de aprobada la reforma constitucional, y de 13 años de su completa implementación, el país continúe aplicando un modelo desueto como lo es el inquisitivo y que tampoco se acopla a los tratados internacionales ratificados por Colombia. Incluso, si nos atenemos al término de duración máxima de las penas (artículo 37 del Código Penal), tendríamos que aceptar que hasta el año 2055 podríamos iniciar procesos bajo las normas de la ley 600 de 2000, e incluso más allá, en los casos de concurso, fecha para la cual habría prescrito la última acción penal, lo cual es absolutamente insostenible tanto ante la comunidad nacional como ante la internacional, lo que hace que sea imprescindible corregir esta situación cuanto antes.

2. NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA

A continuación, transcribimos los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial número 45.658:

*“LEY 906 DE 2004
(agosto 31)*

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

El Congreso de la República

DECRETA
(...)

ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

(...)

ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.⁴

(i) La **interpretación** que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia le ha dado a los artículos citados -que se impugna a partir de la teoría del *Derecho Viviente*- es la siguiente: los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente. Dicha hermenéutica se encuentra condensada en diferentes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de las que a continuación se reseñan solo algunas:

- **Auto del 11 de febrero de 2013**⁵. Inadmitió una demanda de casación en la que el accionante solicitó declarar la nulidad de su proceso toda vez que fue investigado y juzgado bajo la Ley 600 de 2000 por un delito cometido el **15 de abril de 2005**, fecha para la cual ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004. La Sala de Casación Penal señaló que el sistema penal acusatorio solo entró a operar en Medellín desde el 1º de enero de 2006, y comoquiera que su conducta era previa a dicha fecha, todo el proceso se debía tramitar de conformidad con la Ley 600 de 2000:

“El libelo contiene la particular visión del actor en torno a la época en que debió entrar en vigencia en la ciudad de Medellín el sistema penal acusatorio, tema objeto de amplio debate en las instancias que, además, ya ha sido dilucidado por la Corporación, en el sentido de que la Ley 906 de 2004 empezó a regir de forma escalonada en el territorio colombiano, acorde con los plazos fijados en el artículo 530 de dicha preceptiva.

(...)

En ese orden, tal como lo dispone el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, dicho sistema procesal empezó a operar en la ciudad de Medellín a partir del 1 de enero de 2006, para hechos acaecidos a partir de esa fecha, resultando claro que, contrario a lo pregonado por el libelista, no era el aplicable a hipótesis fácticas ocurridas en ese distrito judicial con antelación a dicha fecha.”

⁴ El último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 (“Los casos de que trata el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”) se subraya y resalta porque la presente demanda también pretende que sea declarado inexecutable por razones autónomas -como se anotó en el acápite de contexto y se explica en detalle más adelante-.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de febrero de 2013. MP. María del Rosario González Muñoz, rad. 40.516.

- **Sentencia del 12 de junio de 2014**⁶. La Sala de Casación Penal analizó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, para lo que necesariamente tenía que determinar si el proceso se regía por la Ley 600 de 2000 o por el sistema penal acusatorio. Respecto de esto último, señaló que los hechos denunciados datan del **13 de diciembre de 2006**, pero debido a que la Ley 906 de 2004 solo empezó a aplicarse en el Distrito Judicial de Barranquilla desde el 1º de enero de 2008, el proceso tenía que tramitarse de conformidad con el modelo inquisitivo (como en efecto sucedió):

“En este caso, se tiene que la demanda involucra un problema de estricto contenido constitucional, que merece ser atendido de fondo por la Sala. En efecto, el actor en su sencillo escrito, sostiene de forma concreta que el Juzgado de conocimiento fijó la pena aplicando el incremento punitivo consagrado en una norma que no era aplicable al asunto, con lo cual se acredita que no intenta seguir discutiendo el mismo objeto del proceso penal, esto es, su responsabilidad en el delito, aunque precisa la ausencia de pruebas para acreditar la edad de la menor como el examen sexológico, no realiza argumento de cara a desvirtuar su responsabilidad ya que de ser así la acción de tutela sería improcedente en la medida que dichos temas debieron ser discutidos en las instancias ordinarias, en tanto lo que realmente advierte son las irregularidad en la pena, aspecto que serán motivo de pronunciamiento.

Hecha la anterior precisión y descendiendo al caso puesto en consideración del Juez de tutela, basta con revisar la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Soledad (Atlántico), para advertir que se le está vulnerando al actor el derecho al debido proceso, al establecerse que incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela -defecto sustantivo-en la medida que el fallador se equivocó al tener en cuenta las previsiones del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, cuando las mismas no son aplicables a los procesos que se tramitan por el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

En efecto: como los hechos denunciados tuvieron ocurrencia el 13 de noviembre de 2006, fecha para la cual no se había implementado el sistema acusatorio en el distrito Judicial de Barranquilla, en tanto su ejecución se originó a partir del 1º de enero de 2008 en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, luego el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, solo resulta aplicable a los asuntos regidos por el sistema penal acusatorio, que no es el caso de CESAR ANTONIO ESCORCIA COMAS, si se tiene en cuenta que el procedimiento que reguló el asunto fue el previsto en la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP7531-2014 del 12 de junio de 2014. MP. José Luis Barceló Camacho, rad. 74.205.

- **Sentencia del 27 de enero de 2016**⁷. La Sala de Casación Penal, al igual que en el fallo anterior, verificó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, por lo que tuvo que pronunciarse acerca del régimen procesal aplicable al caso. Sostuvo que el delito se cometió el **11 de diciembre de 2006** en Yacopí (Cundinamarca), de modo que correspondía adelantar todo el proceso bajo la Ley 600 de 2000 debido a que para esa fecha el Distrito Judicial de Cundinamarca no había implementado el sistema penal acusatorio:

“La norma de aumento de penas en mención sólo resulta aplicable en los casos en que los hechos ocurrieran en aquellos Distritos Judiciales en los cuales gradualmente se fue implementando el sistema penal acusatorio regulado en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

En el presente caso, los sucesos acaecieron el 11 de diciembre de 2006 en jurisdicción territorial del municipio de Yacopí, Cundinamarca. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el esquema procesal penal allí previsto empezó a aplicarse en dicho Departamento a partir del 1º de enero de 2007. De ahí, precisamente, que este proceso se haya tramitado bajo la égida de la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

Huelga anotar que, en este caso la persecución penal inició el 13 de julio de 2009. Es decir, después de que el sistema penal acusatorio entrara en plena vigencia (31 de diciembre de 2008).

- **Sentencia del 4 de abril de 2019**⁸. El accionante alegó la violación de su derecho al debido proceso porque se le investigó y juzgó bajo las reglas de la Ley 600 de 2000 a pesar de haber cometido la conducta delictiva en el **año 2007**. La Sala de Casación Penal descartó la vulneración aducida porque los hechos ocurrieron en el municipio de San Alberto (Cesar), que pertenece al Distrito Judicial de Valledupar. Y dado que en este último la Ley 906 de 2004 empezó a aplicarse desde el 1º de enero de 2008, era preciso que el accionante fuera investigado y juzgado de conformidad con el sistema inquisitivo:

“5. Al momento de proferirse la ley 906 de 2004, el Legislador quiso que el nuevo sistema penal que allí se adoptaba empezara a regir de manera paulatina en todo el país, motivo por el cual en el artículo 530 de la referida legislación indicó:

‘ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP488-2016 del 27 de enero de 2016. MP. Gustavo Enrique Malo Fernández, rad. 38.151.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP4566-2019 del 4 de abril de 2019. MP. Luis Guillermo Salazar Otero, rad. 103.698.

distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, **entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.' (subrayas fuera de texto).**

6. Visto lo anterior, puede concluir la Sala que no le asiste razón al impugnante en sus reclamaciones, toda vez que su conducta fue ejecutada en el municipio de San Alberto, el cual pertenece al distrito judicial de Valledupar, lugar donde la Ley 906 de 2004 empezó a implementarse el 1° de enero de 2008 y no en el año 2005, como lo reclama el actor.

Luego al haber ejecutado su conducta delictual en el año 2007 en una región donde aún no se encontraba en vigencia la ley procedimental acusatoria, su causa penal debía ser tramitada bajo los lineamientos de la ley 600 de 2000, como efectivamente ocurrió, descartándose con ello cualquier afrenta a su debido proceso por indebida aplicación de la ley procesal. (Subrayado fuera de texto)

La tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha conllevado a que hoy en día se inicien procesos por presuntos delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 bajo el régimen previsto en la Ley 600 de 2000. Eso a pesar de que, por mandato expreso del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el sistema penal acusatorio entró en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008⁹.

(ii) De otra parte, el último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 (“Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”) se demanda por razones autónomas e independientes que se exponen con detalle más adelante (quinto cargo).

⁹ “**Artículo 5°. Vigencia.** El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. **El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

3. ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)

La presente demanda de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, en el fondo no se cuestionan dichas disposiciones como tal, sino la interpretación que de ella han hecho jueces, fiscales y magistrados (en particular la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia). De ahí que sea necesario: (i) realizar unas breves consideraciones en torno a la teoría del derecho viviente, desarrollada por la Corte Constitucional para examinar la compatibilidad de interpretaciones normativas con la Carta Política; y (ii) explicar por qué en el caso concreto se cumplen los requisitos para aplicar dicha teoría.

Es del caso precisar que la teoría del derecho viviente es relevante a efectos de analizar la constitucionalidad de la lectura dada a los artículos anotados, que no en relación con el examen que deba recaer sobre la expresión que se demanda del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, cuyas razones de inconstitucionalidad -se reitera- son autónomas e independientes.

3.1 LA TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En principio, el control abstracto de constitucionalidad está diseñado para examinar la compatibilidad de las disposiciones emanadas del Congreso de la República con la Carta Política. No obstante, dichas disposiciones no tienen un contenido o sentido unívoco, sino que los operadores judiciales se encargan de interpretarlas y darles un alcance determinado. Y a la postre es aquel entendimiento el que resulta jurídicamente relevante en tanto es el aplicado para decidir los asuntos sometidos a conocimiento de la Administración de justicia. Es por esa razón que la Corte Constitucional ha admitido la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la interpretación que se ha realizado (principalmente por los órganos de cierre de cada jurisdicción) de ciertas disposiciones. Esto último es conocido como la teoría del derecho viviente.

Los argumentos centrales que sustentan la teoría en comento están reseñados en la sentencia C-557 de 2001, decisión hito sobre el particular pero que la Corte ha reiterado en decisiones posteriores, incluso recientes. A continuación, me permito transcribirlos:

“5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma

fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

5.2.3. Igualmente, el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto).

La postura bajo análisis ha sido reiterada en sentencias tales como la C-015 de 2018, en la que se afirma que “es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a las normas que surgen de interpretaciones abiertamente contrarias a la Constitución Política, a través del concepto de derecho viviente”. En

dicho fallo la Corte Constitucional diferencia los términos de “disposición” y “norma”, en el entendido que el primero corresponde al texto expedido por el Congreso de la República y recogido en un artículo, mientras que el segundo es el contenido que se le ha otorgado como consecuencia de la interpretación judicial. Asimismo, reitera la necesidad de que el control constitucional recaiga sobre el alcance dado a las disposiciones por los órganos de cierre (normas) y no sobre un sentido hipotético del texto acusado:

“Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma no es la disposición, sino el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y en algunos casos para llegar a ella hace falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho estático de los textos (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados.”

La doctrina del derecho viviente exige a la Corte realizar sus análisis de constitucionalidad sobre interpretaciones que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina), excluyendo aquellas posiciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes. El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.” (Subrayado fuera de texto).

De manera reciente, y en línea con la teoría del derecho viviente, mediante Auto del 7 de diciembre de 2020 se admitió la demanda presentada por un ciudadano contra la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 24 de la Ley 640 de 2001, contenida en fallo de unificación del 24 de noviembre de 2014¹⁰. Sostiene la providencia:

“Señala el accionante que según la jurisprudencia es viable ejercer el control de constitucionalidad sobre la interpretación uniforme de una disposición legislativa, denominada doctrina del derecho viviente, argumento que goza de toda certeza, en tanto, el juicio de responsabilidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla, como ocurre en el caso de la norma demandada -artículo 24, Ley 640 de 2001-, interpretada por el Consejo de Estado en la sentencia unificadora ya referida que se muestra consistente, consolidada y relevante, y frente a la cual, el juez”

¹⁰ Expediente D-14049. Magistrado Sustanciador: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Sentencia C-214 del 8 de julio de 2021 (pendiente de publicación).

constitucional puede efectuar válidamente el análisis crítico del sentido normativo fijado jurisprudencialmente, pues a la Corte le es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a interpretaciones contrarias a la Constitución Política” (Subrayado fuera de texto).

Por último, es necesario señalar los requisitos que la Corte Constitucional ha fijado para admitir el examen abstracto en relación con las interpretaciones dadas por las autoridades judiciales a las normas de derecho positivo, a saber¹¹: (i) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (ii) la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y (iii) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

3.2 LA INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 530 Y 533 DE LA LEY 906 DE 2004 REALIZADA POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En la presente demanda se cuestiona no la literalidad de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, sino la manera como la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia la han entendido y aplicado (hermenéutica normativa que debe ser observada por los fiscales, jueces y magistrados de la República). La interpretación en cuestión es pasible de control constitucional dado que emana del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal (art. 234 CP) y además se cumplen los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para dar aplicación a la teoría del derecho viviente. Veamos.

(i) La interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a las disposiciones demandadas es consistente. En efecto, en diferentes providencias ha reiterado la tesis de que el estatuto procesal aplicable (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) para los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 responde al factor de gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio. Tal postura no ha sido objeto de modificaciones o modulaciones relevantes sino que ha mantenido invariable en el tiempo.

(ii) La hermenéutica bajo examen está consolidada. Prueba de ello es que existen más de tres (3) decisiones que la acogen y que la Sala de Casación Penal la utiliza para

¹¹ Sentencias C-557 de 2001, C-193 de 2016, C-015 de 2018, entre otras.

resolver diferentes asuntos: nulidades planteadas en sede de casación, aspectos sustanciales -como el aumento de penas contemplado en la Ley 890 de 2004- conexos al régimen procesal, acciones de tutela, entre otros.

Los juzgados y los Tribunales Superiores también acogen la lectura normativa en cuestión. Esto se concluye a partir de las providencias de la Sala de Casación Penal que avalan los procesos adelantados por dichas instancias bajo la Ley 600 de 2000 cuando el delito se cometió después del 1° de enero de 2005, pero antes de que el sistema penal acusatorio fuera implementado en el lugar de los acontecimientos. Ello confirma que, en general, la jurisdicción ordinaria penal se decanta por la tesis que aquí se discute. Y por si fuera poco la Fiscalía General de la Nación también actúa de conformidad con el planteamiento que se cuestiona, tal y como se reseñó en el primer acápite de la presente demanda.

(iii) La hermenéutica de la Sala de Casación Penal a los artículos demandados es relevante para determinar el alcance de los mismos, así como sus efectos. Por años, a partir de tal hermenéutica se ha determinado cuál es régimen procesal aplicable a los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, decisión con una altísima trascendencia considerando que el modelo inquisitivo y el sistema penal acusatorio tienen diferencias mayúsculas que afectan directamente garantías fundamentales como la libertad y el debido proceso. Pero, además, es relevante en tanto que desafía la prohibición contenida en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002: después del 31 de diciembre de 2008, los delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 no pueden ser perseguidos bajo las normas del sistema inquisitivo.

Dado que se satisfacen los requisitos fijados por la jurisprudencia para analizar la constitucionalidad de la interpretación de una disposición (derecho viviente), respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional analice la hermenéutica que aquí se cuestiona de conformidad con los cargos que se desarrollan a continuación.

4. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las normas demandadas, entendidas en la manera expuesta, desconocen los artículos 1° (principio de estado unitario), 13 (igualdad), 29 (principio de legalidad penal, principio de respeto de las formas propias de cada juico y principio de juez natural), 150-2 (libertad de configuración legislativa de las normas procesales) y 299 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, así como los artículos 2° (elementos mínimos del sistema penal acusatorio) y 5° (ámbito de aplicación del sistema penal acusatorio) del Acto Legislativo 03 de 2002.

5. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la forma que lo ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -y en general la jurisdicción ordinaria penal y la Fiscalía General de la Nación-, son inconstitucionales porque vulneran los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política, al igual que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Para sustentar lo anterior, se formulan los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

- **CARGO PRIMERO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.
- **CARGO SEGUNDO.** Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la Constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.
- **CARGO TERCERO.** Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- **CARGO CUARTO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1° y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron
- **CARGO QUINTO.** El inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción prohibida por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.

A continuación, explicamos en detalle cada uno de los cargos enunciados.

5.1 CARGO PRIMERO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN QUE EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 DETERMINÓ QUE A PARTIR DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2008 NO PUEDE APLICARSE EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO PARA DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1° DE ENERO DE 2005.

El Acto Legislativo 03 de 2002 previó que el sistema penal acusatorio entraría en plena vigencia, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008. La consecuencia natural de lo anterior es que a partir de dicha fecha dejaría de tener cabida la aplicación del modelo inquisitivo para adelantar procesos penales. Pero la realidad fue distinta y después del 31 de diciembre de 2008 se ha seguido empleado el régimen previsto en la Ley 600 de 2000 para perseguir delitos que deben ser tramitados con arreglo a la Ley 906 de 2004 al haberse cometido luego del 1° de enero de 2005 (cuando el modelo penal acusatorio entró en vigencia en todo el país, aunque su implementación fue escalonada). Lo anterior, a raíz de la interpretación que la jurisdicción ordinaria penal, y en especial la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, le ha dado a los artículos 530 y 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

No obstante, la hermenéutica que sirve de sustento para dicha práctica desconoce abiertamente que el Acto Legislativo 03 de 2002 pretendió que el 31 de diciembre de 2008 entrara en vigencia un sistema penal de tendencia acusatoria, esto es, sin coexistencia del modelo inquisitivo (salvo en lo relativo a los delitos cometidos por los congresistas). De ahí que estamos frente a una interpretación normativa inconstitucional que debe ser retirada del ordenamiento jurídico para en su lugar dejar claro que desde el 31 de diciembre de 2008, es constitucionalmente inadmisibles que delitos ejecutados a partir del 1° de enero de 2005 sean perseguidos conforme a las normas del sistema penal inquisitivo.

5.1.1 El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano.

El Acto Legislativo 03 de 2002 significó un cambio radical en el sistema penal colombiano. Mediante dicha norma, se quiso dejar atrás -de una vez por todas- el antiquísimo modelo de juzgamiento inquisitivo para dar paso al sistema penal acusatorio. En este último se crearon los jueces de garantías, se limitaron las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación (por ejemplo, se le quitó la facultad de ordenar y mantener la privación de la libertad de una persona), se reafirmaron principios esenciales como la presunción de inocencia y el debido proceso, se incluyeron otros como la oralidad y la inmediatez, por citar solo algunos aspectos relevantes.

Los nuevos elementos introducidos por la reforma constitucional no solo eran numerosos, sino que también tomaban un tiempo considerable para ser implementados. En especial porque la transición no era fácil debido a las características del antiguo modelo de investigación y juzgamiento penal, en su mayoría incompatibles con el sistema penal acusatorio. Por esa razón, el Constituyente derivado dispuso que la ley determinara el inicio de la vigencia del nuevo régimen procesal penal, así como su aplicación gradual y sucesiva por Distritos Judiciales. Pero, además, fijó un límite temporal para que el modelo acusatorio entrara en plena vigencia: el 31 de diciembre de 2008. Lo anterior fue estipulado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002:

“Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.”

***Parágrafo transitorio.** Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4° transitorio, velará por su cumplimiento.”*

Fíjese que el propio parágrafo transitorio de la disposición citada explicita las razones de ser de la gradualidad, que corresponden a motivaciones de orden económico, técnico y logístico. De esto último también dan cuenta los informes de ponencia rendidos en el Senado de República al momento de discutir el entonces proyecto de reforma constitucional:

“IV. Régimen de transición hacia el nuevo sistema

Compartimos con el gobierno el plazo prudencial de cuatro años a partir de la promulgación del Proyecto de Acto Legislativo número..., para permitir el proceso de transición hacia la implementación de un sistema de corte acusatorio en el procedimiento penal colombiano, la adopción de juicios orales, públicos y contradictorios, y la aplicación de la doble instancia en los procesos ante la Corte Suprema de Justicia. En este término se deberá llevar a cabo foros gubernamentales, discusiones académicas y publicidad a través de los medios, para enterar a los funcionarios del aparato judicial y a la ciudadanía sobre la reforma, y para adelantar las reformas de infraestructura que se necesiten, entre otras para la adecuación de las salas de audiencias para los juicios orales.”¹²

¹² Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 148 y 157 de 2002.

Adicionalmente, de las discusiones al interior del Congreso de la República se concluye que el régimen de gradualidad fue diseñado para permitir la aplicación concurrente el modelo inquisitivo y del acusatorio mientras este último se terminaba de implementar. Empero, también se hace evidente la intención del Constituyente de superar la dualidad de sistemas para dar paso a un sistema penal acusatorio. Ello de suyo significa que el propósito era (es) que terminado el periodo de transición, solo continuara en funcionamiento el nuevo modelo de investigación y juzgamiento:

“Es por eso señor Fiscal General de la Nación, que nosotros consideramos que al momento de debatir este acto legislativo estamos haciendo justicia en Colombia, estamos garantizando que hay un adecuado equilibrio al momento de procesar penalmente a la totalidad de los colombianos como quiera que es una reforma novedosa al sistema penal colombiano no puede imperar de golpe, tiene necesariamente que existir la gradualidad al momento de su aplicación y es por eso, que se deja un lapso de tiempo para que progresivamente se vaya implementando la transformación del sistema mixto a sistema acusatorio puro en Colombia.”³ (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo pretendido por el Constituyente derivado, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 creó un periodo de transición en que el debían coexistir los modelos inquisitivo y acusatorio, pero culminado dicho lapso debe imperar el sistema introducido por la reforma constitucional:

“Por virtud del mecanismo gradual y sucesivo de implementación establecido en el artículo 5° del Acto Legislativo, se presentarán tres (3) etapas distintas en el proceso de materialización del nuevo sistema acusatorio: (i) entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1° de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1° de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en ‘plena vigencia’ el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país.”⁴

En la sentencia T-1211 de 2005 la Corte Constitucional reiteró que la gradualidad y sus alcances se limitan a aspectos propios de la progresiva implementación del sistema. Luego, es claro que finalizada la incorporación del modelo acusatorio en el territorio nacional, las normas que regularon la gradualidad cesaron efectos. Adicionalmente, puso de presente que debe distinguirse entre la implementación y la vigencia del novedoso sistema penal:

³ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 50 de 2003.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-873 de 2003.

“A pesar de que el Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la gradualidad en su aplicación, debe recalcar que esa restricción no implica que los principios y valores en que se funda la organización estatal queden suspendidos mientras se alcanza la implementación plena del sistema adoptado por tal enmienda. Así, habida cuenta que el constituyente de 1991 adoptó la forma de República unitaria para el Estado colombiano, la gradualidad establecida en el Acto Legislativo 03 de 2002 debe entenderse limitada a aquellos aspectos propios de la progresiva implementación del sistema, pero no puede desconocer la vigencia en todo el país de las normas expedidas por el legislador ordinario con base en dicho acto reformativo de la Carta.” (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se concluye que: (i) el objetivo del Acto Legislativo 03 de 2002 fue acabar con el sistema penal inquisitivo para dar paso a un sistema penal de tendencia acusatoria, es decir, que no coexistiera con el antiguo modelo sino que fuera el único aplicado en Colombia; (ii) la definición el inicio de la vigencia de este último fue delegada a la ley; (iii) comoquiera que la incorporación de nuevo modelo suponía cambios estructurales -tanto físicos como recursos humanos-, se previó implementarlo de manera gradual; (vi) aunque la aplicación es progresiva, la vigencia del sistema penal acusatorio fue uniforme en todo el territorio nacional; y (v) en todo caso, el sistema penal acusatorio debía entrar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, de modo que desde esa fecha es constitucionalmente inadmisibles iniciar procesos bajo la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000.

Resta entonces por dilucidar dos aspectos importantes. El primero es desde cuándo la ley determinó que entraría a regir el novedoso modelo. El segundo refiere al plan diseñado por el Legislador para su implementación gradual. Ambos se analizan a continuación.

5.1.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 regulan lo relativo a la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, así como el inicio de la vigencia del nuevo modelo de investigación y juzgamiento, respectivamente. Ambas disposiciones desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 (vigencia) dispuso que **todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 tienen que ser investigados y juzgados de conformidad con las reglas del sistema penal acusatorio.** Consagró una única excepción: aquellos punibles presuntamente cometidos por los congresistas deben continuarse investigando y juzgando según las normas de la Ley 600 de 2000. Dice la norma:

“ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. *El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 10. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”*

Por su parte, el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 estableció cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales para implementar el sistema penal acusatorio de manera gradual. El primero debía aplicarlo desde el 1° de enero de 2005, mientras que el último debía incorporarlo desde el 1° de enero de 2008. En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el nuevo modelo debía entrar en plena vigencia -a más tardar- el 31 de diciembre de 2008:

“ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. *Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.*

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.”

Durante el trámite legislativo del ahora Código de Procedimiento Penal se dio a conocer que la selección de los grupos de Distritos Judiciales se realizó a partir de consideraciones de orden logístico y técnico. Así lo expuso el entonces Fiscal General de la Nación:

“El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Joaquín Vives:

Muchas gracias, quisiera conocer de los ponentes y de quienes concertaron, cuáles fueron los criterios para seleccionar unos distritos judiciales y otros no, o sencillamente fue discrecional, fue al azar, o sea por qué no comenzaron con el del Cauca, con el de Santa Marta, en fin, con otros diferentes de los que se señalaron ahí.

El señor Presidente concede el uso de la palabra al señor Fiscal General de la Nación:

Gracias, Presidente, honorable Representante: la Fiscalía venía trabajando desde hace tiempo la consideración de algunas áreas donde debería implementarse el sistema, en propuesta al Consejo de la Judicatura, se habían señalado primero dos áreas distintas, eran Bogotá y Medellín, el Consejo de la Judicatura, hizo algunas observaciones, algunas

recomendaciones, exhibió algunos documentos y algunas estadísticas y pidió que aplazáramos Medellín y que en su lugar pusiéramos los tres departamentos del Eje Cafetero, que tiene unas connotaciones específicas, son unas ciudades intermedias, tienen buenas vías de comunicación, la parte de la municipalidad está bien organizada, los Palacios de Justicia tienen la posibilidad de una adaptación de salas, que son alrededor de unas cuarenta y cinco, en forma relativamente fácil y pronta.

Lo de Bogotá básicamente se originó en la reflexión de que precisamente en la hermana República de Chile habían empezado a prever el sistema, por los sitios donde menos connotación y efecto podía producir la reforma y se ha presentado el fenómeno de que hubieran podido aprovechar mejor las ventajas comparativas de la ciudad capital, donde tienen todas las fortalezas de la Academia, de la administración más directamente por parte de los organismos centrales y la cúpula de la función de la rama, por la facilidad que tiene de aprovecharse el conjunto o el número plural de los servidores, en este caso los jueces, para poderle hacer elementos de economías de escala en materia de recurso humano y desde luego porque Bogotá viene desde hace mucho tiempo también recibiendo la mayor cantidad de capacitación, por ejemplo el sistema de oralidad, hay cerca de setecientos servidores que ya han recibido esa calificación y por fenómenos que pueden resultar aborrecibles de todas maneras son y es que por acá por la capital, se han iniciado muchas de las capacitaciones y de los beneficios principales.

Para la segunda etapa del año siguiente, pues vendría la parte de la Costa, que me parece que es un tema también importante de definir y básicamente dejaríamos para el tercer y cuarto año, la parte de los nuevos departamentos y las zonas más alejadas, muchas gracias.”¹⁵

En ese orden de ideas, tenemos un sistema penal acusatorio con vigencia desde el 1º de enero de 2005, pero con aplicación diferida en el tiempo y por Distritos Judiciales, situación que se puede resumir en la siguiente premisa: para el 1º de enero de 2005 el modelo estaba vigente en todo el país, pero parcialmente implementado. Se diferencia entonces entre vigencia del sistema penal acusatorio (la cual fue uniforme en todo el territorio nacional) y la progresiva aplicación del mismo por razones estrictamente técnicas.

La necesaria, aunque particular, solución adoptada por el Constituyente derivado y por el Legislador generó que durante el periodo de transición coexistieran la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 dependiendo del Distrito Judicial del que se tratara. Pero una vez el sistema penal acusatorio entró en pleno funcionamiento (31 de diciembre de 2008), lo natural y jurídicamente correcto era que el modelo inquisitivo cesara su aplicación de una vez por todas (excepto para los casos de los congresistas).

¿Qué significa la plena entrada en funcionamiento de la ley 906 de 2004?

¹⁵ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 54 de 2004.

Siginifica que a partir del 31 de diciembre de 2008 es constitucionalmente inadmisble investigar, instruir y juzgar cualquier delito cometido desde el 1° de enero de 2005 bajo el esquema contemplado en la Ley 600 de 2000. Ello a su vez implica que los presuntos delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 en un Distrito Judicial en el que aún imperaba el modelo inquisitivo, pero cuya persecución inició luego del 31 de diciembre de 2008, solo pueden investigarse, instruirse y juzgarse de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal del 2004.

No obstante, actualmente la gradualidad explicada ha sido interpretada por parte de la Fiscalía General de la Nación y de la jurisdicción penal ordinaria, encabezada por la Sala de Casación Pena, como sinónimo de vigencia o de no derogatoria de la Ley 600 de 2000, lo cual es incompatible con la Constitución. Esto a pesar de la literalidad del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el cual derogó el modelo anterior para todos los delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005 (excepto en el caso de congresistas). En otras palabras, la implementación progresiva del sistema penal acusatorio no se ha entendido como una coexistencia de regímenes procesales que se limita al periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2008, sino que ha servido para hoy en día -19 años después de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, 16 años después de proferida la Ley 906 de 2004 y a 12 años de su plena entrada en funcionamiento- justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.

¿Cuál es la razón de la hermenéutica descrita?

Se argumenta que para la época de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en los Distritos Judiciales del país, salvo los de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Así, se le ha otorgado efectos ultractivos a las normas originales de la Constitución referentes al modelo de instrucción y juzgamiento penal y a la Ley 600 de 2000. Ello con la gravosa consecuencia de permitir que la Fiscalía General de la Nación -órgano no jurisdiccional- disponga, por ejemplo, de la libertad de la persona investigada en detrimento de los postulados de la Carta Política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el acápite siguiente se ahonda en la anomalía hermenéutica advertida y se explica por qué es inconstitucional.

5.1.3 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.

El régimen de transición ordenado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 (desarrollado por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004) tenía un límite temporal: el 31 de diciembre de 2008. Desde ese momento, ninguna autoridad podía iniciar causas penales bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. La razón es simple: a partir de allí, todo el país habría implementado el sistema penal acusatorio y, en consecuencia, no existiría impedimento alguno (fáctico, logístico o jurídico) para hacer uso de él.

Sin embargo, lo cierto es que después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha continuado abriendo procesos en el marco de la Ley 600 de 2000 con ocasión de punibles ejecutados luego del 1° de enero de 2005. Y lo que es peor aún, dicho aval fue y sigue siendo respaldado por la justicia ordinaria penal. En concreto, desde temprano la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sentó jurisprudencia al respecto y desde entonces ha sostenido de manera consistente lo siguiente: aunque el delito fue cometido después del 1° de enero de 2005, como para la fecha de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente, el punible tiene que juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000. Esto lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.

Es decir, para la Sala de Casación Penal no resulta relevante que la Ley 906 de 2004 ya hubiera sido incorporada al respectivo territorio judicial para cuando comenzó el proceso, sino solo el hecho de que no estaba implementada en el momento en el que se cometió el delito. A partir de esta tesis es que en años recientes se han podido iniciar investigaciones que se surten de conformidad con la Ley 600 de 2000, como las seguidas contra los señores Julio Enrique Acosta, Trino Luna Correa, Aníbal Gaviria, entre otros.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, desconocen abiertamente el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002. En particular, vulneran dos ejes centrales de la norma constitucional:

- (i) La entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, fecha precisada por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004; y
- (ii) La fecha máxima de implementación del nuevo modelo, que corresponde al 31 de diciembre de 2008.

Procedemos a explicar lo anterior:

- El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 es claro en señalar que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara la ley, pero que en todo caso debía estar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008. En cumplimiento de lo

anterior, la Ley 906 de 2004 dispuso que el nuevo modelo aplicaría para todo delito ejecutado luego del 1° de enero de 2005, fecha en la que sistema penal acusatorio entró a regir en todo el territorio nacional aunque en ese entonces no estaba por completo implementado en los diferentes Distritos Judiciales del país. Esto último se lograría, por tarde, el 31 de diciembre de 2008.

- La regla general es que todo delito cometido después del 1° de enero de 2005 sea investigado, instruido y juzgado dentro del sistema penal acusatorio, tal como lo ordena el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 en concordancia con el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

- La regla anterior tiene, en principio, dos excepciones. La primera es una permanente y se refiere a los delitos cometidos por los congresistas, que serán tramitados bajo el modelo de la Ley 600 de 2000. La segunda es de carácter transitorio, consistente en que dependiendo del grupo de implementación al que pertenecía el Distrito Judicial donde se cometía el punible, los delitos cometidos entre el 1° de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008 por personas distintas a los congresistas eran procesados conforme a las reglas del régimen inquisitivo.

- Finalizada la implementación escalonada del nuevo esquema (lo que sucedió el 31 de diciembre de 2008), desapareció toda justificación válida para continuar aplicando el modelo inquisitivo a delitos que por la fecha en la que fueron cometidos deben ser investigados y juzgados de conformidad con la Ley 906 de 2004. Desde entonces, la excepción transitoria también perdió toda vigencia y aplicación.

- La voluntad del Constituyente derivado fue que entre los años 2005 y 2008 existiera un sistema mixto, **y que a partir del 31 de diciembre de 2008 solo se aplicara el modelo acusatorio**. El Legislador también tuvo la misma intención cuando diseñó el sistema de escalonamiento previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Y en ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C-873 de 2003 y T-1211 de 2005, según se reseñó previamente. En consecuencia, comoquiera que el delito se cometió de manera posterior al 1° de enero de 2005, la única opción constitucionalmente admisible es aplicar los postulados del sistema penal acusatorio.

En ese orden de ideas, después del 31 de diciembre de 2008 es extraña, irrazonable e inconstitucional cualquier aplicación del régimen de transición para justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. De ahí que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados de la manera que se cuestiona, devienen contrarios a la Carta Política.

El régimen de transición al que la Sala de Casación Penal ha acudido para sustentar su tesis se previó para evitar traumatismos en la implementación del sistema penal

acusatorio y adaptar poco a poco la Rama Judicial para asumir la carga derivada de la incorporación del nuevo modelo. Sin embargo, desde el 31 de diciembre de 2008 desaparecieron los motivos logísticos que dieron origen a la implementación escalonada en tanto que ese día el sistema penal acusatorio quedó por completo incorporado. Luego, la Sala de Casación Penal funda su postura en una disposición cuya vigencia y fundamento fáctico decayeron hace más de 12 años, lo que es contrario al ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 todo presunto delito cometido luego del 1° de enero de 2005 tiene que ser procesado de conformidad con la Ley 906 de 2004.

5.2 CARGO SEGUNDO. LOS ARTÍCULOS CUESTIONADOS, INTERPRETADOS EN LA MANERA SEÑALADA, DESCONOCEN EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL IMPEDIR QUE DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1° DE ENERO DE 2005 SEAN JUZGADOS SEGÚN LAS FORMAS CORRESPONDIENTES

El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, el cual se compone de diferentes garantías. Para efectos del presente cargo, resultan especialmente relevantes el principio de legalidad penal y el principio de respeto por las formas propias de cada juicio. Ambos exigen, entre otros aspectos, que cada delito sea juzgado conforme a leyes preexistentes y vigentes, incluyendo las de procedimiento.

En el caso concreto, lo anterior se traduce en que debe respetarse el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y es que a partir de la primera fecha anotada entró en pleno funcionamiento el sistema penal acusatorio. Empero, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, entendidos en manera que se cuestiona, generan que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005. Ello desconoce los principios antes señalados y, por tanto, el artículo 29 de la Carta Política en los términos que se explican a continuación.

5.2.1 Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.

El artículo 29 de la Carta Política inicia con la premisa de que “*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”. Acto seguido dispone

que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Lo anterior corresponde al principio de legalidad en materia penal.

La Corte Constitucional ha explicado que, en general, el principio de legalidad penal exige al Legislador: (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; (iii) precisar las autoridades competentes; y (iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso¹⁶. La expedición de las normas adjetivas tiene además una estrecha relación con el derecho a ser juzgado según las formas propias de cada juicio, cuyo contenido es el siguiente:

“El debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial.”¹⁷.

Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que “la importancia de estas reglas deviene no solamente del hecho de que ellas incorporan la pretensión de proscripción de la arbitrariedad judicial o administrativa en los procedimientos, sino además la de investir de neutralidad las reglas y el procedimiento judicial o administrativo como medio para la realización, en esos ámbitos, del principio de igualdad”¹⁸.

En materia penal, las normas procesales cobran aún mayor relevancia porque de su estricta observancia depende no solo la plena garantía del derecho al debido proceso, sino también de otros derechos fundamentales como la libertad de la persona investigada. De ahí que sea necesario preguntarse, ¿cuál es la ley procesal aplicable a los juicios criminales? La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el trámite penal debe adelantarse conforme a las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, las cuales pueden variar en el tiempo, **y no solo de acuerdo con las preexistentes a la comisión del delito**. Veamos.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-140 de 1995. Ver también las sentencias C-798 de 2003, T-1097 de 2005, entre otras.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-340 de 2006.

En la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional explicó de manera amplia y suficiente que las leyes procesales prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir y, en consecuencia, a partir de entonces aplican a los trámites en curso. Lo anterior, debido a que el proceso es una situación continua que no genera derechos adquiridos, por lo que no existe razón alguna para impedir que las nuevas normas adjetivas sean aplicadas de manera inmediata. Dicha regla solo es limitada por el principio de favorabilidad penal y el respeto de los actos procesales surtidos bajo la ley antigua:

“En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.”

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

(...)

*5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, **las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.**”*

La anterior tesis ha sido reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-763 de 2002, SU-516 de 2019, entre otras. Y es en virtud de ella que, por ejemplo, en materia civil (art.

624 de la Ley 1564 de 2012) y contenciosa administrativa (art. 86 de la Ley 2080 de 2021) se ha estipulado que las nuevas disposiciones procesales aplican desde su entrada en vigencia, salvo para aspectos específicos como los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que han iniciado a correr, entre otros.

Sin embargo, en la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional fue aún más allá y resolvió el siguiente interrogante: ¿los juicios criminales deben surtirse únicamente conforme a las reglas procesales preexistentes a la comisión del delito? Frente a esto, precisó que cuando el artículo 29 de la Carta Política se refiere a “*leyes preexistentes*”, alude a las de contenido sustancial y no a las procesales. En consecuencia, las normas adjetivas aplicables a los juicios criminales no se limitan a las vigentes antes de la realización del punible, sino que son todas aquellas que entren a regir mientras el proceso esté en curso:

“7. En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, merece comentario especial la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ y el alcance que dicha expresión tiene en relación con los efectos de las leyes procesales en el tiempo. Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son ‘preexistentes al acto que se le imputa.’”

En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las ‘leyes preexistentes’ a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato.”

En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, según el cual “*la ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.”* (subrayado fuera de texto). Para justificar su decisión, replicó el argumento contenido en la sentencia C-619 de 2001, previamente transcrito. En sus palabras:

“A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia [C-619 de 2001] puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos

adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.

En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.

Así las cosas, en la medida en que la regla general anotada no desconoce derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 58 C.P.), el texto del artículo 40 de la ley 153 de 1887 que así la establece, se ajusta a la Constitución. Obviamente en la aplicación de la norma deberá respetarse el principio de favorabilidad penal (artículo 29 C.P.).” (Subrayado fuera de texto)

De lo expuesto por la Corte Constitucional se concluye que: (i) en virtud del principio de legalidad, toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme a las formas propias de cada juicio; (ii) la ley adjetiva aplicable a un proceso puede variar durante el transcurso de este, y será la nueva legislación la que lo continúe guiando; (iii) la anterior regla aplica incluso para los procesos penales, toda vez que la expresión “*leyes preexistentes*” contenida en el artículo 29 de la Constitución se refiere únicamente a aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas; y (iv) en consecuencia, no es constitucionalmente admisible alegar que un juicio criminal se tiene que adelantar solo conforme a la ley adjetiva existente antes de la comisión del delito, puesto que el proceso se debe seguir de acuerdo con todas aquellas que entren a regir mientras esté en curso.

5.2.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.

En términos de procedimiento penal, y para efectos de la presente demanda, son relevantes dos normas, a saber:

(i) El Acto Legislativo 03 de 2002, cuyo artículo 5° dispuso que el sistema penal acusatorio entraría en vigencia cuando así lo determinara la ley. También señaló que aquel debía estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.

(ii) La Ley 906 de 2004, que en su artículo 533 previó que el sistema introducido por la reforma penal es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005.

En ese orden de ideas, para el asunto que nos concierne, el cumplimiento del principio de legalidad -y en concreto la observancia de las formas propias de cada juicio- exige que **todo punible ejecutado después del 1° de enero de 2005 tiene que ser investigado y juzgado según las normas propias del sistema penal acusatorio.** Ahora, para efectos del régimen procesal aplicable, ¿tiene relevancia el hecho de que haya sido cometido cuando aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente? En lo absoluto. Y justo aquí es donde no solo yerra la interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a los artículos demandados, sino que también demuestra su carácter de inconstitucional. Existen dos argumentos que sustentan lo anterior.

Primero. El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que el nuevo modelo debía entrar en vigencia cuando así lo determinara la ley. En cumplimiento de ello, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 previó que el procedimiento acusatorio sería aplicable a todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, salvo aquellos ejecutados por los congresistas (lo que se examina en el cargo final).

Claro, la gradualidad de que trata el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 también supuso una excepción a la regla antes señalada, **pero fue temporal y por razones logísticas, administrativas, operativas y técnicas.** Y es que cuando finalizó el periodo de transición, se superaron los motivos logísticos y se implementó el modelo penal acusatorio (31 de diciembre de 2008), también desapareció por completo la excepción de la gradualidad. De ahí que no es constitucionalmente admisible que por la vía hermenéutica se dé continuidad al régimen de transición y se le convierta en

permanente, régimen que decayó en el momento que se superaron los plazos señalados en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004.

Lo que justamente se reprocha es que la jurisdicción ordinaria penal, por la vía interpretativa, ha mantenido vigente esta última excepción cuando lo cierto es que la gradualidad terminó desde el 31 de diciembre de 2008 (es decir, hace más de 12 años) y las razones que le dieron origen también desaparecieron desde esa fecha. Y de esa manera ha sostenido que si el hecho delictivo ocurrió después del 1° de enero de 2005 en un Distrito Judicial que para entonces no había implementado la Ley 906 de 2004, aquel debe ser investigado y juzgado bajo las reglas del modelo inquisitivo. Lo anterior, a pesar de que ha transcurrido más de una década desde que el sistema introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 entró en plena vigencia en todo el territorio nacional. De esa forma, además, se le da a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 un alcance que no poseen y que es constitucionalmente inadmisibles.

Se trata entonces de una tesis que desconoce: (i) la aplicación limitada en el tiempo de la implementación escalonada del sistema penal acusatorio, y por tanto la desaparición de la excepción basada en la gradualidad; (ii) la regla general de aplicación prevista en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004, consistente en que todo delito ejecutado después del 1° de enero de 2005 tiene que investigarse y juzgarse bajo las normas del sistema penal acusatorio; y (iii) que la persecución penal ha iniciado cuando la Ley 906 de 2004 se encuentra plenamente implementada, de modo que no resulta jurídicamente relevante que para la época de los hechos no lo estuviera en tanto que al comienzo del proceso ya existían (existen) las herramientas para tramitarlo bajo el nuevo modelo de juzgamiento.

Segundo. Tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces penales (incluyendo la Sala de Casación Penal) argumentan que dependiendo de la fecha y el lugar, procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008 con ocasión de delitos realizados luego del 1° de enero de 2005 deben adelantarse de conformidad con la Ley 600 de 2000 por ser la aplicable al momento de los hechos. Lo anterior, en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, que previó la implementación escalonada del sistema penal acusatorio por grupos de Distritos Judiciales. Fíjese entonces que se trata de una postura basada en criterios temporales y territoriales.

Empero, dicha justificación desconoce que en las sentencias C-619 de 2001 y C-200 de 2002 la Corte Constitucional precisó el alcance de la expresión “*leyes preexistentes*”, contenida en el artículo 29 Superior. Al respecto, señaló que ella se refiere únicamente a las normas sustanciales en materia penal (las que definen los delitos y sus penas), mas no a las de contenido procesal. Luego, los procesos penales deben adelantarse conforme a las disposiciones adjetivas que el Congreso expida durante el tiempo que estén en curso. En ese orden de ideas, **es constitucionalmente inadmisibles**

argumentar que un juicio criminal debe adelantarse únicamente bajo la ley procesal vigente antes de la comisión del delito, ignorando cualquier cambio posterior de legislación adjetiva. Lo ajustado a la Carta Política, según la propia jurisprudencia constitucional, es que se ciña a la regulación que para el efecto expida el Legislador en el periodo que dure el proceso.

De ahí se sigue que la hermenéutica en cuestión es por completo errada e inconstitucional. De un lado, porque contraría el significado dado por la jurisprudencia constitucional a la locución “*leyes preexistentes*” en el ámbito penal (art. 29 CP), que torna irrelevante los criterios temporal y territorial que utilizan las autoridades judiciales para determinar la norma procesal aplicable al juicio criminal. Como se ha anotado, no tiene cabida preguntarse cuándo o dónde se cometió el punible, sino cuál legislación procesal está vigente en cada una de las etapas de la persecución penal. La respuesta es clara para los procesos iniciados luego del 31 de diciembre de 2008 por delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005: las normas adjetivas vigentes corresponden a la Ley 906 de 2004. Punto.

Del otro lado, la interpretación acusada yerra porque mediante ella se da aplicación a un modelo de persecución criminal que decayó en todo el territorio nacional a partir del 31 de diciembre de 2008, en detrimento del sistema penal acusatorio que ha imperado de manera plena desde entonces. En otras palabras, para investigar y juzgar delitos cometidos del 1º de enero de 2005 en adelante, la Fiscalía y la jurisdicción ordinaria penal se han decantado por la aplicación de una regulación derogada (Ley 600 de 2000) en lugar de la que está vigente y plenamente implementada desde el 31 de diciembre de 2008 (Ley 906 de 2004). Ello desconoce la regla sentada por la Corte Constitucional según la cual el juicio criminal debe adelantarse siguiendo las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, que no únicamente conforme a las preexistentes a la comisión del delito.

De modo que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, leídos bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, vulneran el principio de legalidad en materia penal y el derecho de toda persona a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio (29 CP). Esto se debe a que por esa vía se permite que después del 31 de diciembre de 2008 conductas punibles cometidas con posterioridad al 1º de enero de 2005 sean investigadas y sancionadas de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000, cuando tienen que serlo a partir de la regulación de la Ley 906 de 2004 por las razones ya expuestas.

Es entonces necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido que con posterioridad al 31 de diciembre de 2008, todo delito ejecutado después del 1º de

enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado con plena observancia de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004.

5.3 CARGO TERCERO. LOS ARTÍCULOS ACUSADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 29, 250 Y 299 DE LA CONSTITUCIÓN, EL ARTÍCULO 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL ARTÍCULO 14 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y ELIMINAN LA GARANTÍA DE JUEZ NATURAL, RELACIONADA CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El derecho al juez natural, en asocio con el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, supone que todo proceso debe ser conocido por la autoridad judicial que la ley ha dispuesto para el efecto. En materia penal, ello significa que los punibles ejecutados después del 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos al juez de control de garantías (figura que solo existe en el sistema penal acusatorio) y al juez de conocimiento. No obstante, comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es lo que las normas superiores exigen. A continuación, explicamos en detalle lo antes reseñado.

5.3.1 El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).

El artículo 29 de la Carta Política dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada por “juez o tribunal competente”, garantía conocida como “juez natural”. La misma garantía está prevista en tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 CP). Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° dispone:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 consagra:

“Artículo 14.

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El juez natural es entendido como “*el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley*”¹⁹. Y cuando se refiere a quien tiene la competencia para ejercer jurisdicción, no se limita únicamente a quien puede adoptar la decisión final, sino también a la persona encargada de instruir el proceso. En palabras de la Corte Constitucional:

*“17. En cuanto al contenido mismo del derecho al juez natural, éste pareciera permitir dos interpretaciones. Una primera, según la cual, la garantía consiste en que el asunto sea juzgado por el juez competente, es decir, que la decisión de fondo sobre el asunto planteado sea adoptada por quien recibió esta atribución del legislador. En esta interpretación, el derecho garantizado es que el juez competente profiera la sentencia ‘esto es, que **la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan**’ (negrillas no originales). Esta interpretación, adoptada en ocasiones por esta Corte, pareciera resultar del tenor literal del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual: ‘Nadie podrá ser **juzgado** sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente** y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ (negrillas no originales): inciso 2 del artículo 29 de la Constitución.*

*18. Una segunda interpretación consiste en que el derecho al juez natural implica que sea el juez competente no sólo quien decide el asunto, sino quien instruye el proceso. En este sentido, ‘El derecho al juez natural, es la garantía de ser juzgado por el juez **legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión** de fondo respectiva’ (negrillas no originales). Esta segunda interpretación resulta concordante con*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014.

*el tenor literal de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que el demandante consideran vulnerados en el caso bajo examen. Así, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: ‘1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá **derecho a ser oída públicamente** y con las debidas garantías por un **tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido por la ley**, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)’ (negritas no originales) y, de manera coincidente, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: ‘1. Toda persona tiene **derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’ (negritas no originales).”²⁰*

La garantía del juez natural también tiene estrecha relación con el principio de legalidad en materia penal y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Frente al principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP), la Corte Constitucional ha explicado que está compuesto por una serie de garantías entre la que destaca el “*Nemo iudex sine lege*”, que traduce que toda persona tiene que ser juzgada por un juez legalmente prestablecido. En palabras de la Corporación:

“5. Frente al punto el artículo 29 de la Constitución resulta claro y expreso: Nadie podrá ser juzgado sino frente a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

*Del principio de legalidad se infiere que los límites impuestos al legislador por parte del constituyente hacen referencia a un contenido material de las garantías fundamentales que deben respetarse para poder legítimamente aplicar sanciones: **Nullum crimen sine lege** No existe delito sin ley, **Nulla poena sine praevia lege** no existe pena sin ley previa, **Nemo iudex sine lege** la persona sólo puede ser juzgada por sus actos por el juez **previamente establecido** y **Nemo damnetur nisi per legale iudicium** nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal, con el pleno respeto de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa, la controversia probatoria, la asistencia técnica y a las formas propias del juicio.”²¹ (Subrayado fuera de texto).*

De ahí que “*para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 2016.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001. Reiterada en las sentencias C-301 de 2011, C-297 de 2016, SU-373 de 2019, entre otras.

competente para investigar y sancionar esas conductas²². Lo anterior pone de presente la importancia de que la persona cuente con una autoridad judicial previamente señalada en la ley que conozca de la causa seguida en su contra, así como la necesidad de que ella sepa quién es. Y es ese funcionario judicial, y no otro, quien debe adelantar la instrucción y el juzgamiento de la conducta (juez natural). Finalmente, es preciso señalar que *“una vez asignada debidamente la competencia [a ciertos jueces] para conocer un caso específico, no [se] les [puede revocar] el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una determinada institución*²³. Luego, el respeto por el juez natural también implica no separar a la autoridad judicial del conocimiento de un caso sin que medie un motivo válido.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), la Corte Constitucional ha sostenido que comprende, entre otros aspectos, *“(i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados*²⁴. Pero no es que esta garantía pueda ser satisfecha por cualquier autoridad judicial, sino solo el juez natural del proceso. En palabras de la Corte Constitucional: *“es claro que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una decisión por parte del juez natural dentro del proceso penal*²⁵ (subrayado fuera de texto).

De manera que garantizar el derecho constitucional y convencional a tener un juez competente aparece proteger otros principios superiores y derechos fundamentales que cobran especial relevancia en el marco de los procesos penales.

5.3.2 El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.

De manera tradicional, bajo el sistema inquisitivo siempre existió el juez de conocimiento cuya función principal era (es) dictar sentencia absolutoria o condenatoria, evento último en el que además se impone la pena a cumplir. Este funcionario ha continuado vigente en el modelo acusatorio, pero ya no es la única autoridad judicial que existe. Ahora también contamos con la presencia del juez de control de garantías como un actor protagónico en el marco de la Ley 906 de 2004.

²² Corte Constitucional, sentencia C-843 de 1999. Reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-444 de 2011, SU-373 de 2019, entre otras.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2015.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-283 de 2013. Reiterada en las sentencias T-443 de 2013, T-687 de 2015, entre otras.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014.

El juez de control de garantías halla origen en el Acto Legislativo 03 de 2002 y tiene a su cargo la adopción de importantes decisiones tendientes a proteger los derechos fundamentales de las partes, en especial el investigado, por ejemplo: (i) emitir órdenes de captura; (ii) imponer medidas de aseguramiento privativas o no privativas de la libertad; (iii) realizar control posterior de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones adelantados por la Fiscalía General de la Nación; y (iv) en general, autorizar cualquier medida que signifique afectación de derechos fundamentales.

Algunas de las funciones enunciadas fueron consignadas en el artículo 250 de la Constitución, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. En realidad, tal norma corresponde a la competencias de la Fiscalía General de la Nación, pero de su lectura se desprenden las atribuciones del juez de control de garantías:

“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. *Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*
4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*
5. *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*
6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*
7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*
8. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*
9. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.” (Subrayado fuera de texto).

Esta configuración normativa no es fortuita, sino que responde al querer del Constituyente derivado: retirarle a la Fiscalía General de la Nación las funciones que le permitían adoptar medidas que afectaran los derechos fundamentales de las personas, **especialmente las potestad de imponer medida de aseguramiento** de manera autónoma (sin previa orden judicial). Para el Constituyente, lo anterior era necesario en aras de dotar al proceso penal de imparcialidad (garantía relacionada con el derecho al juez natural) y cumplir los estándares internacionales de derechos humanos. Así quedó consignado en la exposición de motivos de la reforma constitucional:

“1. JUSTIFICACION DE LA REFORMA: LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACION DE UN SISTEMA DE CORTE ACUSATORIO

Así, la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal.

*Por ello, **se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados**, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal.*

(...)

Con fundamento en los artículos 93 y 94 superiores, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del ‘Bloque de Constitucionalidad’, por virtud de la cual, todos los tratados ratificados o no por Colombia, siempre que versen sobre Derechos Humanos, y no permitan su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados a la Constitución.

Entre estos derechos que se incorporan a la Constitución, se encuentra el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Conforme a lo expuesto, este mandato de imparcialidad del juzgador está integrado a la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional que reclama cumplimiento.

En nuestro sistema, cuando el fiscal decreta, practica y valora una prueba, cuando profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra.

La imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar las libertades del procesado.

(...)

A) IMPOSICION DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PREVIA AUTORIZACION DEL JUEZ

La distintas reformas han sido uniformes al establecer dentro del funcionamiento y estructuración de su política criminal el rol de un fiscal orientador de la investigación, despojado de la función judicial de imponer la medida de aseguramiento, con la finalidad de permitirle elaborar mejor su trabajo de investigador y dejar en manos del juez la toma de decisión sobre la limitación de derechos fundamentales. Por estas consideraciones, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes.

En este orden de ideas, **la exigencia de una orden judicial no persigue satisfacer un requisito formal relativo a que a la persona le muestren un papel que ordene su detención.** Esta aclaración es pertinente porque la Honorable Corte Constitucional ha entendido que la orden escrita condiciona la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental. Sin embargo, es necesario que el sistema de procesamiento criminal que nos rija, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable ‘(...) que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió’.

Esta posición refuerza la necesidad de que sea un funcionario imparcial quien evalúe la razonabilidad de emitir una orden para imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento a un ciudadano envuelto en una investigación. La exigencia constitucional de una orden judicial encuentra su sentido en que el funcionario que está investigando, difícilmente puede determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados. Así se desarrolla mejor la garantía constitucional, en la medida en que se dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. **Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal.**

En este sentido, establecer que el juez decida si es justificada o no la imposición de la medida de aseguramiento, dota de contenido material la garantía del derecho a la libertad.²⁶ (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En cuanto a la importancia de esta autoridad judicial para la protección de las garantías básicas de la persona investigada, la Corte Constitucional ha señalado:

“De ahí que, para este Tribunal, desde la perspectiva estrictamente constitucional, la principal tarea asignada a este funcionario judicial, al efectuar cada uno de estos controles, indistintamente de si se trata de uno previo o posterior, estriba ‘en ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos garantizados por la Constitución Política, y en tal sentido, acordarle a las autoridades competentes los medios efectivos para verificar las sospechas, buscar la verdad de los hechos y acopiar el material probatorio necesario para encausar a un ciudadano; los derechos y garantías constitucionales consagrados a favor de la persona procesada; al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.’ Examen que no solo debe recaer sobre la simple adecuación a la ley de las medidas de intervención en el ejercicio de prerrogativas iusfundamentales (aspecto formal), sino que ha de proyectarse en torno a su proporcionalidad (aspecto material), lo que es tanto como establecer, i) si la respectiva medida es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente

²⁶ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 134 de 2002.

legítimo; ii) si es necesaria por ser la más benigna o menos lesiva entre otras posibles para alcanzar el fin; y iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

6.5. Ese papel de garante de los derechos fundamentales que cumple el juez de control de garantías en el sistema de investigación penal vigente, según se ha precisado en la jurisprudencia constitucional, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en función de que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación colisionan con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales, únicamente, pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

*Se trata, pues, de una clara vinculación de la investigación a la garantía y eficacia irradiante de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen, a su turno, como límites propios de la investigación.*²⁷ (Subrayado fuera de texto).

Por último, no sobra recordar que el juez de conocimiento es el encargado de instruir el proceso penal a partir de la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación y fallarlo de fondo.

5.3.3 Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.

El presente cargo requiere absolver el siguiente interrogante: ¿cuál es el juez natural de los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005, cuando entró en vigencia el sistema penal acusatorio?. La respuesta es que, de acuerdo con la regulación prevista en el artículo 250 Superior y en la Ley 906 de 2004, son dos: el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Y es que desde esa fecha está vigente el modelo acusatorio, aspecto diferente es que su implementación se haya dado de manera escalonada.

En ese orden de ideas, al menos después del 31 de diciembre de 2008 -se insiste, cuando el nuevo modelo se implementó por completo-, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 debe ser instruido y decidido por (i) un juez de control de garantías y (ii) un juez de conocimiento, en la medida que el sistema penal acusatorio entró en vigencia desde entonces. De lo contrario, el proceso habrá sido llevado con desconocimiento del derecho al juez natural.

Los artículos demandados, interpretados de conformidad con la tesis desarrollada por la Sala de Casación Penal, anulan el derecho al juez natural porque: (i) impiden el

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2018.

acceso de las partes del proceso penal al juez de control de garantías y (ii) impiden que actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación sean sometidas a revisión del juez de control de garantías. Es allí donde las disposiciones acusadas devienen en inconstitucionales.

En efecto, la hermenéutica que se cuestiona dicta que por virtud de la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, algunos punibles realizados luego del 1° de enero de 2005 deben ser investigados, instruidos y juzgados de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000. Es decir, algunas personas son sometidas a procesos penales bajo un esquema inquisitivo con fundamento en disposiciones pensadas para solucionar problemas logísticos que desde el 31 de diciembre de 2008 no existen. En general, adelantar juicios criminales en el marco de un sistema derogado no es constitucionalmente admisible, pero para el presente cargo hay un asunto de mayor trascendencia: la Ley 600 de 2000 NO contempla la figura del juez de control de garantías dado que fue introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002.

Lo anterior significa que **delitos cometidos dentro del periodo de vigencia de la Ley 906 de 2004, e iniciados a perseguir después de su implementación completa, no son sometidos al conocimiento del juez de control de garantías**. En consecuencia:

(i) La persona que presuntamente cometió un delito puede ser capturada por orden de la Fiscalía General de la Nación, sin que medie la revisión de un juez de control de garantías, como corresponde en aplicación de la Ley 906 de 2004.

(ii) El presunto delincuente puede ser objeto una medida de aseguramiento impuesta por el Fiscal del caso, de modo que puede ser privada de su libertad sin que medie la decisión de un juez de la República. Aunque la medida de aseguramiento es susceptible de ser revisada mediante control de legalidad, este último no suspende el cumplimiento del acto cuestionado y solo procede por causales restringidas, de modo que la decisión no puede ser atacada en forma integral. En cambio, de aplicarse el sistema penal acusatorio -como debe ser-, la medida de aseguramiento sería avalada o no por el juez de control de garantías y la determinación es pasible de recursos que permiten discutirla ampliamente.

(iii) Las comunicaciones de la persona investigada pueden ser interceptadas y su vivienda allanada con la sola orden del Fiscal que adelanta el proceso. Tal decisión no tiene que ser sometida a control judicial, contrario a lo que sucedería si se aplicara la legislación que en efecto corresponde (Ley 906 de 2004).

(iv) En general, la persona puede ser objeto de decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten sus derechos fundamentales sin que aquellas tengan un control judicial efectivo y obligatorio. En cambio, de tramitarse la causa bajo el sistema penal acusatorio, que es lo que legalmente procede, sí se realizaría dicha revisión a través del juez de control de garantías.

(v) El fiscal es juez y parte durante la instrucción. Esto no solo sucede cuando la Fiscalía es la encargada de adelantar la actuación, sino también en los casos que involucran congresistas. En esos eventos, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia actúa como juez y parte en la etapa anotada. Como se señala al comienzo de esta demanda recordando las palabras de Radbruch, “*el que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado*”.

De manera que eliminar la revisión de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación por parte del juez de control de garantías supone, *per se*, una gravísima desprotección para los derechos fundamentales de la persona afectada por tales decisiones en tanto queda sujeto a la discrecionalidad del ente acusador y de sus agentes. Y aunque pueda solicitarse su examen judicial por la vía del control de legalidad, se trata de un análisis altamente limitado y que por tanto afecta el derecho a la defensa del investigado.

Es aún más grave que teniendo derecho a que el juez de control de garantías se pronuncie sobre una medida, porque el delito fue cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005, al investigado se le prive de esta garantía por una interpretación que se fundamenta en disposiciones transitorias y en razones técnicas que desaparecieron hace más de 12 años (31 de diciembre de 2008). Lo anterior es la manifestación del abierto desconocimiento del derecho al juez natural advertido (art. 29 CP).

También es imperioso advertir que hoy en día la Fiscalía no tiene ninguna de las competencias previamente señaladas, pues no corresponden al artículo 250 actual de la Constitución, sino a su versión original (derogada en este punto hace casi 20 años). Pero a pesar de ello, la hermenéutica en cuestión ha dado ultractividad a las extintas atribuciones de la entidad y ha garantizado su pleno ejercicio. Tales funciones incluyen, por supuesto, la relativa a imponer medida de aseguramiento sin orden judicial a personas cuyos casos deberían ser juzgados bajo el modelo penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004) -y que por tanto solo podrían ser privadas de su libertad a través de resolución judicial-.

En cuanto a este último punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha explicado que las medidas de aseguramiento no pueden ser impuestas por los fiscales en tanto no son autoridades judiciales, lo que evidencia -una vez más- que lo demandado desconoce el derecho constitucional y convencional al juez natural:

“175. En cuanto a la autoridad competente para decretar o decidir la aplicación de la prisión preventiva, la Comisión entiende que el sentido del artículo 7.5 de la Convención es de establecer que la misma sea necesariamente una autoridad judicial debido a que **el juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez. Además, al igual que en el caso del control judicial inmediato del acto de la detención (arresto o aprehensión), esta autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención.** La naturaleza de la autoridad que ordena la detención se determina fundamentalmente atendiendo a atribuciones y competencias que le corresponden de acuerdo con el ordenamiento constitucional.

176. En este sentido, el HRC [Comité de Derechos Humanos de la ONU] ha establecido consistentemente que los fiscales no son autoridades idóneas para decretar la detención preventiva, toda vez que no se puede considerar, salvo que el Estado demuestre lo contrario, que éstos posean la objetividad e imparcialidad necesaria para ser considerados como ‘funcionario[s] autorizado[s] por la ley para ejercer funciones judiciales’, en los términos del artículo 9(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, **la responsabilidad de imponer la prisión preventiva, de autorizar su continuación y de imponer medidas alternativas deber ser asumida por una autoridad judicial.**²⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por si la infracción del derecho al juez natural no bastara, todo lo anterior también apareja la violación del principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP) ya que el funcionario judicial que la ley ha predeterminado para que se pronuncie sobre el caso es apartado de su conocimiento sin justificación válida alguna. Asimismo, envuelve la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP) porque impide que el investigado e incluso las víctimas acudan ante el juez de control de garantías para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, como debe suceder en cumplimiento de la Ley 906 de 2004.

De ahí la necesidad de que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido de que todo delito ejecutado después del 1º de enero de 2005 tiene que ser procesado bajo los postulados del sistema penal acusatorio. En caso contrario, se permitirá que personas que por expresa disposición de la Carta Política y de la Ley 906 de 2004 tienen derecho a acceder al juez de control de garantías continúen siendo privados de tal posibilidad.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la privación preventiva en las Américas*, 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

5.4 CARGO CUARTO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 1° Y 13 DE LA CARTA POLÍTICA POR PERMITIR QUE CRITERIOS QUE DIFERENCIAN EN RAZÓN DEL TERRITORIO SIGAN SIENDO APLICADOS AUN CUANDO YA DESAPARECIERON

El régimen de transición previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 permitía que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 fueran juzgados por el modelo inquisitivo o el sistema penal acusatorio dependiendo de la fecha y el lugar de su comisión. Dicho régimen de transición desapareció el 31 de diciembre de 2008, lo que de suyo implica que desde entonces no es posible realizar la diferenciación advertida, sino que todo punible ejecutado luego del 1° de enero de 2005 debe investigarse y juzgarse con arreglo a la Ley 906 de 2004.

Empero, los artículos demandados, entendidos en la manera que lo ha hecho la Sala de Casación Penal, permiten que hoy en día se continúe acudiendo a los factores de territorio y gradualidad para determinar la ley procesal aplicable a los hechos delictivos realizados a partir del 1° de enero de 2005. De modo que por esa vía se sigue generando una diferenciación en cuanto a la legislación que guía la persecución penal, que ahora sustenta en criterios desuetos. Es decir, se trata de una desigualdad de trato injustificada, que por demás desconoce el principio de Estado unitario. Veamos.

El derecho a la igualdad ha sido considerado como un principio que ocupa un lugar cardinal dentro del ordenamiento jurídico colombiano en tanto que entraña una amplísima multiplicidad de dimensiones²⁹. De antaño la Corte Constitucional ha explicado que la igualdad exige, entre otros aspectos, “[dar] *el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis*”³⁰. En ese orden de ideas, el trato diferenciado entre situaciones fácticas iguales o el trato igual para situaciones fácticas distintas es constitucionalmente inadmisibles a menos de que exista una justificación razonable:

*“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes.”*³¹

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2010.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-094 de 1993. Ver también las sentencias C-345 de 1993, C-320 de 1994, C-1376 de 2000, C-104 de 2016, C-006 de 2018, C-138 de 2019, entre otras.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-526 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.

En otras oportunidades, pero siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.”³²

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que un trato diferenciado puede estar debidamente justificado en ciertas razones fácticas, pero puede que después desaparezca el motivo que permitía sustentar la desigualdad. En ese caso, lo que antes era admisible a la luz de la Constitución luego se torna en jurídicamente reprochable por desconocer el mandato del artículo 13 Superior y los alcances en torno a él que la jurisprudencia ha fijado.

Descendiendo al caso concreto tenemos que el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 empezó a regir el 1° de enero de 2005 en todo el territorio nacional. No obstante, el Legislador determinó que por razones metodológicas el nuevo modelo debía implementarse progresivamente en los Distritos Judiciales del país. Esta fórmula de suyo significó tratos diferentes entre las personas en relación con la ley procesal penal aplicable a su causa dependiendo del lugar en el que hubieran cometido el delito. Así, los investigados por un punible realizado en el primer grupo de Distritos Judiciales fueron sometidos al sistema penal acusatorio desde el mismo 1° de enero de 2005, mientras que los de los grupos subsiguientes debieron esperar hasta que el nuevo modelo entrara a operar en la jurisdicción correspondiente.

Para ejemplificar: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambas deben ser procesadas bajo las reglas del sistema penal acusatorio. Sin embargo, una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y como quiera que para la época de los hechos no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Cali, quien ejecutó el delito allí será investigada y juzgada con arreglo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000.

En la sentencia C-801 de 2005 la Corte Constitucional examinó si dicho trato desigual desconocía o no los artículos 1° y 13 Superiores y la respuesta fue negativa. En esencia, explicó que el Constituyente derivado y el Legislador previeron la implementación gradual del sistema penal acusatorio debido a las dificultades técnicas y logísticas

³² Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.

propias del cambio de modelo, por lo que era apenas natural la diferencia de aplicación de la ley procesal penal dependiendo del Distrito Judicial:

“7. El actor argumenta que el precepto demandado contraría los artículos 13 y 29 superior. No obstante, aquél no sólo pierde de vista que fue el mismo constituyente el que habilitó al legislador a determinar la gradualidad con la que debía aplicarse ese sistema, sino que, además, tal desarrollo legal no vulnera ni el derecho de igualdad ni el principio de favorabilidad como contenido del derecho fundamental al debido proceso. La norma demandada no vulnera el artículo 13 superior porque el mandato de no discriminación en la formulación del derecho no se opone a que el mismo constituyente tome la decisión política de darle aplicación progresiva a un nuevo sistema de procedimiento penal, mucho más si esa progresividad es coherente con el esfuerzo institucional que implica darle aplicación a un sistema de esa índole en la medida en que plantea unos frentes de atención que demandan grandes esfuerzos institucionales. Desde luego que para la Corte es claro que el principio de igualdad y el vigor y aplicación plenos del nuevo sistema resultan inexcusables en cada uno de los Territorios o Distritos Judiciales en los que ese sistema ya opera, en desarrollo de la norma demandada.” (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, llegado el 31 de diciembre de 2008, todos y cada uno los Distritos Judiciales del país habían implementado el sistema penal acusatorio, a la vez que se habían superaron los problemas técnicos que motivaron el régimen de aplicación progresiva de aquel modelo procesal. Es decir, **desde esa fecha desaparecieron las razones que justificaban la aplicación diferenciada de la ley procesal penal según el lugar donde su hubiera cometido el delito** (misma razón por la que la sentencia C-801 de 2005 no configura cosa juzgada respecto a la violación del derecho a la igualdad que aquí se plantea)³³. Ello significa que la desigualdad de trato que un momento fue ajustada a la Carta Política, el 31 de diciembre de 2008 devino contraria a ella porque en ese momento dejó de existir el principio de razón suficiente que la sustentaba.

Visto lo anterior cabe preguntarse, ¿qué efectos tuvo la plena vigencia del nuevo modelo?. La respuesta es que desde el 31 de diciembre de 2008, todo punible cometido después del 1º de enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004, sin importar la gradualidad de la implementación de esta última a lo largo del territorio nacional por cuanto ya finalizó.

³³ La cosa juzgada no se configura cuando han variado los parámetros de control constitucional (sentencia C-039 de 2021). Cuando la Corte Constitucional examinó la norma en cuestión, aún no había terminado la implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, lo que sirvió de sustento para declararla ajustada a la Carta Política. Pero ahora el sistema penal acusatorio está plenamente implementado, de modo que se habilita una nueva revisión en tanto los parámetros de control fueron modificados.

Retomemos el ejemplo antes señalado para materializar lo anterior: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambos deben ser procesados bajo las reglas del sistema penal acusatorio. La diferencia radica en que una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y aunque para la época de los hechos aún no había sido implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial de Cali, lo cierto es que para el 31 de diciembre de 2008 el nuevo modelo ya había entrado en plena aplicación en dicha jurisdicción (y en todo el país). Por esa razón, lo procedente es investigar y juzgar a ambas personas con arreglo a los postulados del modelo introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002.

No obstante, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se cuestiona, conllevan a que en la actualidad se continúe decidiendo si un delito cometido después del 1° de enero de 2005 debe ser juzgado conforme a la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004 a partir de los criterios territorial y de gradualidad. Es decir, se sigue dando aplicación al régimen de transición basado en la aplicación progresiva del sistema penal acusatorio a lo largo del territorio nacional, a pesar de que desde el 31 de diciembre de 2008 no existe ninguna diferencia entre los grupos de Distritos Judiciales organizados por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, pues desde entonces todos implementaron el nuevo modelo a plenitud.

En términos de igualdad, el problema de constitucionalidad radica en que desde el 31 de diciembre de 2008 todas las personas que hayan cometido delitos después del 1° de enero de 2005 tienen derecho a ser juzgadas bajo los lineamientos del sistema penal acusatorio, independientemente del Distrito Judicial en el que hayan ejecutado el presunto delito.

En síntesis, las disposiciones demandadas, entendidas en la manera que se ha explicado, generan que dos personas que cometieron un delito el mismo día sean juzgadas conforme a una u otra la ley procesal penal (aplicación diferencial de la legislación) dependiendo de los factores territorial y de gradualidad, a pesar de que ambos criterios de distinción carecen de fundamento fáctico y jurídico desde el 31 de diciembre de 2008, es decir, ya desaparecieron.

La injustificada diferencia de trato en razón del territorio también infringe el principio de Estado unitario (art. 1° CP). En efecto, en un modelo de Estado unitario existe “uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional, antes que una pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo Estado, característica que es propia del federalismo”³⁴ y también “una administración de justicia común”³⁵. Los anteriores

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 4 de mayo de 2005. MP. Marina Pulido de Barón, rad. 23567.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2001. Ver también la sentencia C-284 de 1997.

mandatos fueron “exceptuados”, por decirlo de algún modo, durante el periodo de implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, porque si bien la reforma empezó a regir de manera uniforme en todo el territorio nacional, su aplicación fue escalonada por Distritos Judiciales que responden a factores geográficos. Ello hacía que, en la práctica, a lo largo del país se adelantaran procesos penales bajo leyes distintas (como si fuésemos un Estado federal).

Culminada con éxito la implementación del sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional, y en atención a la fórmula del Estado unitario, era necesario que todo delito cometido después del 1° de enero de 2005 se investigara y juzgara conforme a la Ley 906 de 2004. Solo de esa manera se podría predicar uniformidad de la ley y una administración de justicia común en estricto sentido, máxime cuando dejaron de existir razones constitucionalmente admisibles para diferenciar la aplicación de la ley en atención al lugar de comisión del delito. No obstante, los artículos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, perpetúa la aplicación de la fórmula vigente entre los años 2005 y 2008 sin justificación alguna. De ahí que rompa con el artículo 1° Superior.

Para restablecer el derecho a la igualdad y el principio de Estado unitario, quebrantados en la forma como se expuso, es imperioso que la Corte Constitucional declare inexecutable las normas acusatorias, en subsidio, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar en Colombia a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1° de enero de 2005.

5.5 CARGO QUINTO. EL ARTÍCULO 533 DE LA LEY 906 DE 2004 PREVÉ UNA EXCEPCIÓN NO AVALADA POR EL ARTÍCULO 5° DEL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002, DESCONOCE LOS ELEMENTOS MÍNIMOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO (ART. 2°, ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002), EXCEDE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA EN MATERIA PROCESAL (ART. 150-2 CP) Y NO CORRESPONDE AL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL.

El quinto y último cargo de inconstitucionalidad se deslinda de los previamente desarrollados porque no se dirige contra la interpretación judicial realizada respecto de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Antes bien, únicamente reprocha el apartado final de este último artículo, en virtud del cual **“los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”**.

En este cargo se cuestiona que el artículo 533 de la Ley 906 de 2006 dispone que los delitos cometidos por los congresistas serán investigados y juzgados conforme a las reglas del modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000), que no del sistema penal acusatorio. Dicha norma vulnera el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que en ningún momento previó que algunas personas -por razón de sus calidades, de los cargos ostentados o cualquier otro motivo- serían exceptuadas de la investigación y juzgamiento conforme al sistema penal acusatorio, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior también apareja la infracción del artículo 150-2 de la Carta Política, en tanto la expresión acusada supone un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa de la que goza el Legislador. Además, desconoce el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que establece los elementos esenciales del sistema penal acusatorio (tales como la imposibilidad de que el ente investigar imponga medida de aseguramiento), porque se somete a los congresistas a un modelo (Ley 600 de 2000) que no es compatible con los mínimos que la reforma a la Constitución impuso.

No puede perderse de vista que el modelo de procesamiento penal de los congresistas ha sufrido fuertes cambios y cada vez se rompe con la esencia de dicho esquema para dar paso a la implementación de figuras o instituciones propios del sistema penal acusatorio. Tales modificaciones no son resultado de la voluntad política, sino el acatamiento de mandatos directos de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia y los pronunciamientos de las autoridades encargadas de salvaguardar dichos instrumentos. Pero para que la observancia a tales directrices jurídicas se complete, especialmente en lo relativo a la plena separación de las actividades investigativas y las judiciales, se requiere que los legisladores sean procesados conforme a las reglas del sistema penal acusatorio.

Para desarrollar el cargo, (i) se definirá el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas, (ii) se explicarán las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000; y (iii) se expondrá por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

5.5.1 El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la institución de los aforados, personas que por sus calidades son juzgadas bajo reglas especiales que no necesariamente coinciden con las aplicables a las personas que no ostentan tales condiciones. Es el caso de los congresistas, a quienes la Constitución les garantiza un trato penal

diferenciado en comparación con los demás ciudadanos que no ocupan esa dignidad. Sin embargo, el trato diferenciado en favor de los congresistas -su fuero, entendido como garantía institucional- se limita a un único aspecto: que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. A esto podríamos denominarlo como una garantía exclusivamente orgánica.

En efecto, la Constitución es clara en cuanto al alcance del fuero penal de los congresistas, ciñéndolo al contenido antes expresado, lo cual se desprende del artículo 186, según el cual “de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención”. En la misma dirección, el numeral 4° del artículo 235 Superior consagra las competencias de la Corte Suprema de Justicia:

“ARTÍCULO 235. *Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

1. *Actuar como tribunal de casación.*
2. *Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.*
3. *Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.*
4. *Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.* (Subrayado fuera de texto)

Entonces, es correcto señalar que, para la Carta Política, lo único “especial” que se le garantiza a los congresistas -en materia penal- es que serán investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Esta lectura es confirmada por la Corte Constitucional, quien en múltiples sentencias ha entendido que el alcance del fuero penal correspondiente a los miembros del Congreso de la República es el previamente anotado. Sin ánimo de ser exhaustivos, relacionaremos algunos pronunciamientos en dicho sentido.

En la **sentencia T-1320 de 2001** la Corte Constitucional explicó las diferencias entre el modelo de la Carta Política de 1886 y la de 1991 en relación con la responsabilidad penal de los congresistas. Al respecto, anotó que mientras en la primera existía la denominada “*inmunidad parlamentaria*”, la segunda “*instituyó para aquellos un fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, que comprende tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso, conforme fue establecido por ella en el*

artículo 235, numeral 3° superior” (subrayado fuera de texto). De lo anterior se entiende que el fuero penal de los congresistas se limita a que la Corte Suprema de Justicia investigue y juzgue sus delitos.

La **sentencia C-545 de 2008**, que declaró constitucional el apartado acusado -aunque por cargos diferentes a los aquí desarrollados-, reitera el alcance del fuero penal de los legisladores en los términos anotados:

“3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ‘ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas’; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.

Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3° del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.)

(...)

Así, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el ius puniendi del Estado, cuando de los miembros del Congreso se trate, a quienes el Constituyente les ha otorgado un fuero constitucional especial, señalando que ese alto tribunal no sólo es su juez natural, distinto del correspondiente a los demás ciudadanos, sino que la instrucción debe adelantarse en esa sede y no por la Fiscalía General de la Nación, ni por la Cámara de Representantes (art. 178.3 ib.), según sea el caso.” (Subrayado fuera de texto).

Entre tanto, la **sentencia SU-811 de 2009** insiste en que “*como ha sido ampliamente analizado por esta corporación, los artículos 186 y 253, numeral 3°, de la Constitución Política, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, el cual fue reiterado por los artículos 75.7 y 32.7 de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, respectivamente, que preceptúan la competencia privativa del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en Sala de Casación Penal, para conocer de los delitos cometidos por los senadores y los representantes a la Cámara” (subrayado fuera de texto).*

Para finalizar el breve recuento jurisprudencial, traemos a colación la sentencia **SU-712 de 2013**, donde se retoma la diferencia entre la Constitución de 1886 y la actual en materia de persecución penal de los congresistas, así como la razón de ser de tal distinción:

“Como en un Estado de derecho no hay actos de autoridades públicas que se sustraigan del control judicial, ya que una de sus características es la ‘justiciabilidad de todos los actos de los poderes públicos’, la inmunidad parlamentaria ‘tiene un encaje difícil’. Por ello la inmunidad ha dado paso a otras instituciones como el juzgamiento por autoridades especiales, precisamente como ocurre en el caso colombiano con los congresistas de la República.”

En la Asamblea Nacional Constituyente la ponencia para debate en Comisión propuso mantener la inviolabilidad de los congresistas por los votos y opiniones, pero suprimir la inmunidad parlamentaria y en su reemplazo adoptar un ‘fuero especial’, de modo que solamente la Corte Suprema de Justicia tuviera competencia para investigar y juzgar a los parlamentarios. Con la misma lógica, en el informe de Ponencia para Primer Debate en Plenaria se reiteró la idea de suprimir la inmunidad sustituyéndola por un ‘fuero especial igual al de los altos funcionarios del Estado.’” (Subrayado fuera de texto).

De este modo se confirma que el fuero penal de los congresistas implica ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia, siendo este su alcance y límite a la vez.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2018 modificó el artículo 186 Superior y determinó: (i) crear la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para investigar y acusar a los congresistas, (ii) esto último, ante la Sala de Primera Instancia de la misma Corporación y (iii) cuyas decisiones son apelables ante la Sala de Casación Penal. Dice la norma:

*“**ARTÍCULO 1.** Adicionar el artículo 186 de la Constitución Política, el cual quedará así:*

***ARTÍCULO 186.** De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.*

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.”

La reforma constitucional introducida en el año 2018 no varía la tesis que aquí se ha sostenido, según la cual el fuero constitucional de los congresistas se limita a

garantizarles que serán investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Todo lo contrario. La modificación del texto Superior refuerza la premisa expuesta en tanto ratifica la competencia a cargo de la Corte Suprema aun cuando distribuye las funciones de investigación y juzgamiento entre sus diferentes salas.

Así las cosas, tenemos que el fuero que la Constitución garantiza a los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado de la República tiene relación única y exclusivamente con el órgano que los investiga y juzga, esto es, la Corte Suprema de Justicia.

La insistente precisión realizada tiene un propósito fundamental para el presente cargo y es establecer una de las premisas a partir de las cuales la Corte Constitucional debe examinar el inciso acusado: **el fuero penal de los congresistas no incluye un régimen procesal penal propio**, comoquiera que la Carta Política únicamente se refiere a aspectos orgánicos.

5.5.2 El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.

El fuero penal de los congresistas, según se explicó previamente, consiste en que son investigados y juzgados únicamente por la Corte Suprema de Justicia. **Sin embargo, la Carta Política no les señaló un régimen procesal penal propio.** De hecho, de todos los grupos de aforados constitucionales que existen, solo el primero tiene reglas procesales especiales para su investigación y juzgamiento³⁶. Esto se debe a que los integrantes de tal grupo (Presidente de la República, magistrados de Altas Cortes, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación) deben ser procesados primero por ambas cámaras del Congreso de la República (arts. 175 y 178 CP), de modo que el respectivo juicio se adelanta conforme a las disposiciones previstas para el efecto en la Ley 5ª de 1992.

Entonces, si la Constitución no prevé un régimen procesal penal exclusivo para los congresistas, ¿cuál debe ser la regulación que ha de aplicárseles en los juicios criminales?.

³⁶ En la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional clasificó a los aforados constitucionales en tres (3) grupos (Fundamentos jurídicos 59 a 68). El **primero** está compuesto por el Presidente de la República, los magistrados de las Altas Cortes, los titulares del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. El **segundo** se integra por los congresistas. El **tercero y último** se conforma por quienes asuman la titularidad de la Vicepresidencia de la República, los ministerios del Despacho, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las agencias del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los tribunales, los departamentos administrativos, la Contraloría General de la República, las embajadas y misiones diplomáticas o consulares, las gobernaciones y magistraturas de tribunal, así como de los generales y almirantes de la Fuerza Pública.

La respuesta es que los Congresistas deben ser juzgados bajo el sistema penal acusatorio incorporado en el Acto Legislativo 03 de 2002, que desde el 31 de diciembre de 2008 es el único modelo constitucionalmente admisible para investigar y juzgar delitos cometidos por cualquier persona -sin excepciones en razón del cargo- con posterioridad al 1° de enero de 2005 (artículo 5° del AL 3 de 2002).

No obstante, el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 dispuso que las causas penales contra los legisladores seguirían siendo investigadas y juzgadas bajo el modelo penal inquisitivo (Ley 600 de 2000). Dice la norma:

*“ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. **Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

La excepción de la que trata el artículo citado se estipuló sin sustento constitucional alguno y, en consecuencia, es necesario que la Corte Constitucional la declare inexecutable. A continuación, se exponen las razones que justifican tal petición.

5.5.2.1 El Acto Legislativo 03 de 2002 no admite excepciones en razón de la persona para la aplicación del sistema penal acusatorio.

Tal como se ha explicado a lo largo de la presente demanda, la voluntad del Constituyente con el Acto Legislativo 03 de 2002 fue derogar por completo el modelo inquisitivo y transitar al sistema penal acusatorio. Para ello, en el artículo 5° de la reforma constitucional se estipuló que este último debía entrar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008, sin prever que después de esta fecha se permitiría continuar aplicando el modelo inquisitivo para determinadas personas en razón de sus calidades o del cargo que ostenten. Así las cosas, la disposición **no** habilitó al Congreso de la República para exceptuar a ninguna persona de la aplicación del sistema penal acusatorio.

En otras palabras, desde el 31 de diciembre de 2008 el sistema penal acusatorio es el único constitucionalmente admisible para investigar y juzgar a todas las personas que habiten el territorio nacional por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. Lo anterior, con independencia del cargo que ocupen en tanto el Acto Legislativo 03 de 2002 no previó excepción alguna en dicho sentido.

Ni los artículos 175 y 178 de la Carta Política, ni ningún otro del texto Superior, diseñaron un régimen procesal penal específicamente aplicable a los legisladores. En

consecuencia, **se les debe aplicar el modelo general que la misma Constitución prevé: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002)**. Y dado que las normas del régimen general previsto en la Carta Política no admiten excepción legal alguna en razón de la persona, es constitucionalmente inadmisibles excluir a los legisladores del ámbito de aplicación del nuevo modelo de investigación y juzgamiento penal, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Si la decisión del Constituyente derivado hubiera sido exceptuar a los miembros del Congreso de la aplicación del sistema penal acusatorio por su condición de tales, así lo habría consignado de manera expresa en el texto definitivo del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que define su ámbito de operación. Empero, no lo hizo. Ello, aunado al propósito unívoco y claro de la reforma que era acabar con el viejo sistema de procesamiento penal para reemplazarlo integralmente por el acusatorio, conlleva a asegurar que la regla que permite continuar juzgando a los legisladores conforme al modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000) es inconstitucional.

5.5.2.2 La excepción del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está cobijada por la potestad de configuración del Legislador (art. 150-2 CP).

En virtud del artículo 150-2 Superior, el Congreso de la República cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para definir las reglas procesales. Lo anterior incluye el diseño del procedimiento para investigar y juzgar los delitos cometidos por sus miembros, como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“69. El anterior recuento permite advertir la existencia de una garantía común -el fuero constitucional- predicable de quienes asumen cualquiera de los roles estatales considerados por el Constituyente como destinatarios del mismo; cuya concreción normativa, inspirada en fines idénticos, es especial y reservada -en aquello no regulado por la Carta- a la definición del Legislador, a partir de la cláusula general de competencia.

70. En dicho ejercicio el Congreso de la República esté facultado para establecer las distinciones requeridas entre los grupos de aforados, y entre estos y los destinatarios comunes u ordinarios del ius puniendi estatal, las cuales no son, per se, violatorias del principio de igualdad, pero deben estar debidamente justificadas. En este sentido, la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero.”³⁷

Sin embargo, la potestad de configuración legislativa no es ilimitada al momento de establecer normas procesales en general, ni las aplicables a los congresistas en

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-146 de 2020.

particular. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la competencia en cometo tiene que ejercerse dentro de los linderos que la propia Carta Política prevé. Es entonces una potestad restringida por las disposiciones del texto Superior y los mandatos que se desprenden directamente de él:

*“4.8. Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en virtud de la cláusula general de competencia, el legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa que trasciende o va más allá de las funciones específicamente señaladas en el artículo 150 de la Carta Política, **también ha precisado que tal atribución no es absoluta, pues la misma debe desarrollarse de conformidad con las limitaciones y requisitos que la propia Constitución señala o que se derivan directamente de su texto.***

*4.9. En esa dirección, esta Corporación ha destacado que los límites a la competencia del Congreso para producir el derecho, interpretarlo, reformarlo y derogarlo, se derivan, fundamentalmente, (i) de la decisión constitucional de asignarle a otra rama del Poder Público u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121); (ii) de las cláusulas contenidas en la propia Carta Política que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas (C.P. art. 136); y (iii) de la obligación también derivada del Ordenamiento Superior, de respetar, en el contexto de la regulación legislativa de una determinada materia, **las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos directamente en la Carta.** En armonía con ello, también la jurisprudencia ha señalado que la atribución legislativa del Congreso (iv) debe ajustarse al trámite fijado por la Constitución para la expedición de las leyes (C.P. arts. 157 y sigs.) y (v) observar igualmente las materias que deben ser desarrolladas por cada tipo y categoría de ley (C.P. arts. 150 y sigs.).*

4.10. Así las cosas, por fuera de las restricciones que la propia Carta Política dispone, el Congreso de la República cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución, potestad que lo habilita no sólo para expedir las reglas de derecho que correspondan al adecuado funcionamiento del Estado Social de Derecho, sino también para interpretarlas, reformarlas y derogarlas, atribuciones que a su vez pueden ser ejercidas en forma amplia y flexible, en relación con el marco de competencias legislativas previstas en el artículo 150 Superior.”³⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En la sentencia C-126 de 2016 la Corte Constitucional se refirió específicamente al artículo 150-2 Superior y precisó que uno de los límites a la facultad en él conferida es la estricta observancia de todas las normas constitucionales. De este modo reiteró que la libertad de configuración legislativa no es una potestad absoluta:

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.

“De conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. Sin embargo, esa libertad de configuración normativa que la Carta Magna le otorga al Legislador, aunque es amplia, tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales.” (Subrayado fuera de texto).

En forma reciente, la sentencia C-458 de 2020 retomó la sentencia C-319 de 2013 para explicar -una vez más- los límites de la libertad de configuración normativa al momento de crear procedimientos judiciales. Dijo entonces:

“A la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, el legislador ordinario cuenta con, al menos, cuatro limitantes para el ejercicio de sus facultades de regulación de los procedimientos administrativos y/o judiciales exigibles para la configuración de una determinada situación jurídica, las cuales también deben ser comprendidas como predicables de las competencias legislativas extraordinarias del Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción.

207. En concreto, a la luz de la Sentencia C-319 de 2013, el legislador (indistintamente de su calidad) no puede pretender desconocer con las regulaciones que desarrolla:

‘(i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.’

208. En ese sentido, si bien el legislador, por regla general goza de una amplia autonomía para el ejercicio de sus competencias regulatorias, debe enmarcar sus actuaciones en estos parámetros básicos so pena de que, en vez de crear una ruta de acceso al efectivo goce de los derechos, obstaculice e incluso restrinja su consecución material y garantía.” (Subrayado fuera de texto).

El breve recuento realizado reafirma la premisa de este apartado: el diseño de las reglas procesales es un proceso discrecional del Legislador, aunque siempre supeditado a lo dictado por la Constitución y lo que se desprenda directamente de ella. Y en tratándose específicamente de las normas procesales aplicables a los congresistas, en la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional también explicó que *“la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero”*. Bajo ese marco es procedente analizar el inciso demandado.

En uso de la competencia prevista en el artículo 150-2, así como en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, el Congreso de la República redactó el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 y dispuso que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serían investigados y juzgados conforme al sistema penal acusatorio. Sin embargo, exceptuó de dicha regla los punibles cometidos por los congresistas. Ello no es constitucionalmente admisible por las razones que se explican a continuación.

El Legislador tiene un amplio margen de competencia para determinar el régimen procesal penal aplicable a los Senadores y a los Representantes a la Cámara, tanto así que puede crear reglas diferentes a las ordinarias para ellos en comparación con las aplicables a quienes no ostentan dichos cargos³⁹. No obstante, recuérdese que la potestad en comento encuentra precisos límites en las “normas constitucionales”⁴⁰ y en “la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial”⁴¹.

Para el caso colombiano, **la Carta Política -en concreto el Acto Legislativo 03 de 2002- fijó directamente el trámite judicial para investigar y juzgar los delitos cometidos por todos los colombianos (sin excepción), o al menos el marco general de dicho procedimiento: el sistema penal acusatorio.** Este se caracteriza por, entre otros aspectos (art. 2° del Acto Legislativo 03 de 2002):

- (i) La existencia del juez de control de garantías.
- (ii) La plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, de modo que el fiscal (o quien funja como investigador y acusador) es incompetente para ordenar medidas de aseguramiento.
- (iii) En virtud de lo anterior, y por regla general, el funcionario investigador no puede dictar órdenes de captura ni decidir sobre medidas que implican restricciones severas a los derechos fundamentales.

Luego, con la expedición de la excepción prevista en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el Congreso excedió su potestad de configuración normativa en tanto excluyó a sus miembros del marco general de investigación y juzgamiento penal consagrado en el Acto Legislativo 03 de 2002. Ello desconoce el artículo 5° de la mentada reforma, relativa a su ámbito de aplicación. Adicionalmente, los sometió a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que no garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002,

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2013. Reiterada en la sentencia C-458 de 2020.

dado que bajo dichas reglas no existe juez de control de garantías y el investigador conserva competencia para imponer medidas de aseguramiento, entre otros aspectos contemplados en la reforma constitucional.

Si la decisión del Legislador era crear un procedimiento especial para los congresistas, lo podía hacer en virtud de su potestad de configuración y debido a que ello no rompe el principio de igualdad⁴². Empero, tenía que hacerlo dentro del marco del sistema penal acusatorio introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y respetando sus características mínimas, previamente enunciadas, lo que evidentemente no ocurrió al mantener el procesamiento bajo el modelo inquisitivo suprimido de la Constitución.

Por tanto, como *“el control constitucional a la libertad de configuración legislativa es ante todo un control de límites”*⁴³ y *“no es viable que esta Corporación permita concepciones legales que vayan en contravía de la norma Superior o quebranten derechos y principios en ella consagrado”*⁴⁴, es necesario declarar inexecutable la excepción contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, toda vez que dicha norma no respeta los límites impuestos por los artículos 2° y 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 sobre el modelo de investigación y juzgamiento penal aplicable a los habitantes del territorio nacional, a la vez que excede la competencia consagrada en el artículo 150-2 de la Carta Política.

5.5.2.3 Mantener la investigación y juzgamiento penal de los congresistas bajo el sistema inquisitivo desconoce los profundos cambios jurisprudenciales y normativos que este último ha sufrido.

La Ley 906 de 2004, y en particular la excepción contenida en su artículo 533, fueron diseñadas en un contexto muy particular. Lo anterior, toda vez que para entonces la Sala de Casación Penal investigaba y juzgaba a los congresistas sin que existiera una división funcional de ambas facultades. Además, dichos funcionarios no gozaban del derecho a la doble instancia, y mucho menos del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

Tales condiciones fueron variando a lo largo de los años, al punto de que en la actualidad el contexto del juicio criminal contra los legisladores es completamente opuesto al enunciado. Esto se debe a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y a la intervención del Constituyente derivado para corregir graves deficiencias del modelo inquisitivo. Para evidenciarlas, reseñaremos brevemente las sentencias y la

⁴² Corte Constitucional, sentencia 545 de 2008.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 2016.

⁴⁴ Ibidem.

reforma constitucional que dieron paso a la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, así como al reconocimiento de los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad.

(i) Sentencia C-545 de 2008. La obligación de separar las funciones de investigación y juzgamiento en cabeza de la Sala de Casación Penal.

En este pronunciamiento la Corte Constitucional determinó que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, “en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso”. Para justificar su decisión, explicó que el artículo 29 Superior y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia reconocen el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el cual debe garantizarse en sus dimensiones subjetiva y objetiva. Y en relación con esta última, precisó que su finalidad es evitar que el funcionario encargado de investigar y acusar sea el mismo competente para juzgar, pues sus ideas preconcebidas podrían influir en la decisión final:

“Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó verbi gratia a proferir una resolución de acusación, - como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la Ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento) -, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconcepciones que para él han resultado sólidas.

Esto se evita, según se ha asumido doctrinalmente y en creciente número de legislaciones, con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.” (Subrayado fuera de texto).

También trajo a consideración jurisprudencia y doctrina internacional, particularmente de Estados Unidos, España y Argentina, para evidenciar que a nivel mundial se ha propendido por la separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Esto en aras de garantizar integralmente el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Después de tal recuento, sostuvo que Colombia tenía que adaptarse a la evolución internacional sobre la imparcialidad objetiva, de modo que debía

producirse una reforma en virtud de la cual se impidiera que los magistrados de la Sala de Casación Penal que fungieran como investigadores fueran los mismos que adoptaran la decisión sobre la responsabilidad penal del congresista:

*“Esa actual tendencia demuestra que, aunque la competencia integral que la Constitución colombiana le asigna a la Corte Suprema de Justicia para adelantar tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso es un ineludible mandato constitucional, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración, al reglamentar el procedimiento aplicable a esa clase de acciones penales, debe obedecer a un ejercicio razonable y proporcionado de dicha facultad, asegurando que el juicio sea realizado por un juez o tribunal establecido con anterioridad por la ley, competente, **‘independiente e imparcial’**, concepto este último que ha venido evolucionando en la doctrina internacional, para que se evite ya no solo la parcialización intencional sino el apego a preconceptos.*

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 ibidem las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

Así, esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar.” (Subrayado fuera de texto).

La Corte hizo énfasis en la necesidad de separar las funciones de instrucción y las de juzgamiento. Como se explica más adelante, aunque se ha avanzado en esta tarea, para finalizarla se requiere que los congresistas sean procesados conforme a los postulados del sistema penal acusatorio.

(ii) Sentencia C-792 de 2014. El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

En este pronunciamiento la Corte Constitucional analizó el artículo 32.2 de la Ley 906 de 2004, que otorga competencia a la Sala de Casación Penal para conocer los recursos de apelación interpuestos contra autos y sentencias dictadas por los Tribunales Superiores. El reproche puntual estaba dirigido a señalar que la disposición no consagraba un recurso efectivo para garantizar la impugnación de la primera condena penal impuesta en el trámite de la segunda instancia.

Para resolver la controversia, la Corporación se centró en caracterizar el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria a partir de los siguientes elementos: (i) fundamento normativo, (ii) estatus jurídico, (iii) ámbito de acción, (iv) contenido, (v) objeto y (vi) finalidad. Luego de ello concluyó que *“el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente”*. En otras palabras, determinó que el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria es diferente a la doble instancia, figura sobre la cual el Legislador sí puede establecer excepciones.

Después, la Corte Constitucional se cuestionó acerca de la existencia o no de un derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria dictada en el curso de la segunda instancia, y concluyó que sí existía tal derecho. Acto seguido puntualizó que *“este derecho tiene como contrapartida el deber del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que permita el ejercicio de tal prerrogativa. No obstante, no existe un acuerdo sobre el alcance de tal deber”*. En aras de establecer cómo tenía que ser el recurso, la Sala anotó que el mismo debería permitir que *“responsabilidad sea revisada por una instancia judicial distinta a quien impuso la condena, y a que, en este marco, todos los elementos normativos, fácticos y probatorios en que se suporta la correspondiente decisión judicial, sean sometidos a un nuevo escrutinio”*.

A partir de dichas características, la Corte concluyó que los recursos existentes son vías procesales *“debilitadas”*. De ahí que *“se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve el condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”*. Por ese motivo, la Corte decidió exhortar al Congreso de la República para que *“regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias”*.

De este modo, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) también fue reconocido a los aforados constitucionales -entre los que se encuentran los congresistas- comoquiera que sus juicios son (eran) de aquellos adelantados en única instancia.

(iii) El Acto Legislativo 01 de 2018. La profunda modificación institucional del esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.

El Acto Legislativo 01 de 2018 incorporó a la Carta Política las órdenes dadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-545 de 2008 y C-792 de 2014, a la vez que terminó con los juicios criminales de única instancia contra congresistas.

En su artículo 1º modificó el artículo 186 de la Constitución en el sentido de establecer la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, cuya función es investigar y acusar a los legisladores. También dispuso que dichos funcionarios deben ser juzgados por la Sala Especial de Primera Instancia, cuya decisión es susceptible de ser apelada ante la Sala de Casación Penal. De este modo separó -dentro de la misma Corte Suprema de Justicia- las funciones de instrucción y juzgamiento (cumplimiento de la sentencia C-545 de 2008) y consagró el derecho a la doble instancia. También incluyó un inciso final al artículo 186 de la Carta Política para incluir el derecho a impugnar la sentencia primera condena.

El artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 234 Superior, previó: *“en el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena”*. Así las cosas, se ratificó la instauración de los procesos de doble instancia y se le reconoció a los congresistas el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (cumplimiento de la sentencia C-792 de 2014).

Las modificaciones en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas tienen una característica común: son elementos esenciales de los modelos de tendencia acusatoria, que por demás rompen con la concepción del sistema penal inquisitivo. En especial el cambio exigido desde la sentencia C-545 de 2008 y constitucionalizado mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, relativo a separar las funciones de investigación y juzgamiento.

Es bajo este contexto que consideramos inconstitucional continuar avalando la aplicación de la Ley 600 de 2000 (régimen inquisitivo).

Primero, porque desconoce la tendencia nacional e internacional de dejar atrás los modelos inquisitivos -e incluso mixtos- de investigación y juzgamiento, la cual se materializa no en decisiones políticas, sino en verdaderos instrumentos jurídicos del más alto nivel como el texto de la propia Constitución, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, los tratados de derechos internacionales ratificados por Colombia, así como la legislación y las decisiones adoptadas por otros Estados y sus máximos órganos de justicia.

Segunda, porque de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000, el ente investigador -que para el caso de los congresistas es la Sala Especial de Instrucción-

está habilitado para imponer medidas de aseguramiento, dictar órdenes de captura, interceptar comunicaciones sin revisión judicial (previa o posterior), entre otras facultades que por su naturaleza tienen que ser adoptadas por un juez y sometidas al tamiz del control de garantías. Es decir, no existe una verdadera división entre las funciones de investigación y las de carácter judicial. De ahí que no solo sea de imperioso, sino también de obligatorio cumplimiento por mandato constitucional. Ello solo se logra ordenando que los congresistas sean investigados y juzgados penalmente bajo las reglas del sistema penal acusatorio.

5.5.2.4 Conclusión

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serán investigados y juzgados conforme a las normas del sistema penal acusatorio, salvo aquellos realizados por los congresistas. En esencia, dicha excepción es inconstitucional por tres razones, que si bien son independientes presentan una relación entre sí, a saber:

- (i) El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que el sistema penal acusatorio debe estar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, sin excluir a ninguna persona -por razón de sus calidades o del cargo que ostenta- de la aplicación del nuevo modelo. Luego, la excepción legal contenida en la expresión acusada no es avalada por el ordenamiento superior.
- (ii) En línea con anterior, la disposición demandada supone un ejercicio desbordado de la potestad de configuración de la que goza el Congreso de la República, en detrimento del artículo 150-2 de la Constitución. Lo anterior, debido a que irrespetó los límites previstos en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, según los cuales ninguna persona que habite el territorio nacional está exceptuada de la aplicación del sistema penal acusatorio. Además, porque sometió a los congresistas a ser investigados y juzgados penalmente bajo un modelo (Ley 600 de 2000) que no satisface las características mínimas del sistema penal acusatorio (art. 2, Acto Legislativo 03 de 2002).
- (iii) Por último, se explicó que el esquema penal inquisitivo aplicable a los legisladores ha sufrido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados. Bajo ese

contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce las directrices jurídicas enunciadas, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

Por las anteriores razones, respetuosamente solicitamos declarar inexecutable la expresión “*los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

5.5.3 La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 243 de la Carta Política dispone que “*los fallos que la Corte [Constitucional] dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*”.

La configuración de la cosa juzgada constitucional depende de la concurrencia de tres (3) presupuestos, reseñados en la sentencia C-039 de 2021: “*i) identidad de objeto; ii) identidad de causa y iii) subsistencia del criterio de control de constitucionalidad, vale decir ‘que no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que de manera excepcional hagan procedente la revisión, lo que la jurisprudencia ha referido como un nuevo contexto de valoración’.*”

Para el asunto que nos convoca, no se configura la cosa juzgada constitucional en tanto no están dados los últimos dos requisitos precisados por la jurisprudencia.

- **No existe identidad de causa.** El presente cargo se dirige contra el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, disposición declarada executable mediante la sentencia C-545 de 2008. En su entonces, el análisis se centró única y exclusivamente en establecer si lo demandado contravenía o no el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así fue reseñado por la propia Corte Constitucional en el señalado fallo:

“2.- Lo que se debate.

Para los demandantes, el aparte censurado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 atenta contra el principio de igualdad, al considerar que la distinción en el procedimiento penal aplicable por la Corte Suprema de Justicia a los miembros del Congreso es una medida desproporcionada, sin una verdadera y razonada justificación, que se funda en ‘criterios sospechosos’.

En consecuencia, corresponde a la Corte establecer si la expresión ‘Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la

Ley 600 de 2000’, desconoce el artículo 13 superior, al señalar que la investigación y el juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia debe tramitarse por el procedimiento penal contemplado en la Ley 600 de 2000, y no bajo el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004.” (Subrayado fuera de texto).

Por el contrario, en la presente oportunidad se cuestiona el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 porque permite que los delitos cometidos por los congresistas sean investigados y juzgados bajo la Ley 600 de 2000, en lugar de las reglas correspondientes al sistema penal acusatorio, puesto que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 -que define el ámbito de aplicación del nuevo modelo de procesamiento penal- no contempla dicha excepción.

Lo anterior también se traduce en un indebido ejercicio de la potestad de configuración normativa del Legislador. Ello porque, además de introducir una excepción no avalada por el ordenamiento superior, la norma acusada somete a los miembros del Congreso a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que en lo absoluto garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002.

De lo anterior se concluye que las razones de inconstitucionalidad aquí esgrimidas difieren completamente de las estudiadas en la sentencia C-545 de 2008. Por tanto, es imposible predicar la existencia de la cosa juzgada y la Corte Constitucional está habilitada para fallar de fondo.

- El criterio de control constitucional ha variado sustancialmente. La sentencia C-545 de 2008 se dictó en un momento en el cual: (i) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no había separado las funciones de instrucción y juzgamiento, como lo advierte el propio fallo; (ii) el proceso penal contra congresistas era de única instancia; y (iii) tampoco se había incorporado, formalmente, el derecho a la doble conformidad. De hecho, estas antiguas características del juicio criminal contra los legisladores fueron parte fundamental de la *ratio decidendi* del pronunciamiento en comento, atribuyéndoles ventajas como la economía procesal, no ser sometidos a errores propios de los jueces y tribunales inferiores, así como la posibilidad de ejercer la acción de revisión:

“3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ‘ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas’; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.

Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3º del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.) mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: 'la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.'

(...)

Debe recalcar que no es la misma situación la de una persona que es investigada por la Fiscalía General de la Nación o mediante el procedimiento especial ante el Congreso, que la de aquéllos que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, pues estos últimos, como se indicó en precedencia, gozan además de las ventajas de la economía procesal y la probabilidad de que la decisión esté menos expuesta a error que ante otros despachos judiciales.

Además, el fallo bajo estudio retomó la sentencia C-934 de 2006, en la que la Corte Constitucional defendió la posibilidad de que el Legislador determinara “*si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto*”.

En la actualidad el contexto dentro del cual se profirió la sentencia C-545 de 2008 ha cambiado de manera sustancial. Tal como se explicó en precedencia, en virtud de la Sentencia C-545 de 2008, de la sentencia C-792 de 2014 y del Acto Legislativo 01 de 2018 (siendo estos los hitos más significativos): (i) la investigación y acusación penal contra los congresistas corresponde a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia; (ii) ellos tienen derecho a ser juzgados en doble instancia, la primera a cargo de la Sala Especial de Primera Instancia y la segunda a cargo de la Sala de Casación Penal; y (iii) también tienen derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) debido al diseño institucional previsto en el Acto Legislativo 01 de 2018.

En ese orden de ideas, los argumentos que se fundaban en el extinto contexto del juicio penal contra los congresistas actualmente carecen de soporte fáctico y normativo. Luego, es procedente y necesario que la Corte Constitucional examine la disposición acusada a partir de la nueva realidad imperante.

En suma, dado que el cargo de inconstitucionalidad estudiado en la sentencia C-454 de 2008 difiere de los aquí propuestos, y comoquiera que el contexto en el cual se profirió la decisión ha cambiado de manera profunda, no se configura la cosa juzgada constitucional. Por tanto, la Corte Constitucional puede adoptar un pronunciamiento de fondo sobre el particular.

6. APTITUD DE LOS CARGOS

En virtud del artículo 40-6 de la Carta Política, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una de las manifestaciones centrales de esta garantía es la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Sin embargo, aquella debe ponderarse con el deber que tiene la Corte Constitucional de pronunciarse sobre demandas que estén suficiente y correctamente sustentadas⁴⁵.

La jurisprudencia ha establecido un conjunto de requisitos mínimos que todo ciudadano debe satisfacer al momento de justificar “*las razones de la violación*” de una norma que, desde la sentencia C-1052 de 2001, se sistematizan en el deber de exponer argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes:

*“La **claridad** de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, por regla general, releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental’, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.*”

*Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean **ciertas** significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente sobre una deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ‘esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden’.*

*De otra parte, las razones son **específicas** si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se*

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-146 de 2017.

relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

*La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que ‘el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico’; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola ‘de inocua, innecesaria, o reiterativa’ a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

*Finalmente, la **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.*⁴⁶

Los cargos formulados en la presente demanda satisfacen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional. Veamos.

(i) En primer lugar, los cargos son **claros** porque siguen un hilo conductor que permite al lector comprender su contenido y sus justificaciones. El primer cargo inicia

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001. Reiterada en muchas otras sentencias, como las siguientes: C-468 de 2016, C-726 de 2015, C-931 de 2014, C-612 de 2013, C-533 de 2012, C-456 de 2012, C-198 de 2012, C-101 de 2011, C-029 de 2011, C-028 de 2011, C-102 de 2010, C-025 de 2010, C-372 de 2009, C-1087 de 2008, C-293 de 2008, C-922 de 2007, C-370 de 2006, C-1197 de 2005, C-1123 de 2004, C-901 de 2003, C-889 de 2002, C-183 de 2002 y C-1256 de 2001.

con la explicación de los lineamientos previstos en el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la vigencia e implementación del sistema penal acusatorio y el correlativo cese de la aplicación del modelo inquisitivo. También se desarrolla cuál fue el objetivo del Constituyente derivado al señalar el 31 de diciembre de 2008 como fecha para el plena vigencia del nuevo esquema procesal penal. Seguidamente se hace referencia a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 y sin los cuales no se logra comprender el contenido de la reforma constitucional en materia de tránsito de legislación. Por último, se argumenta que los artículos demandados, interpretados de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Penal -explicada al comienzo de la demanda-, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 impide que después del 31 de diciembre de 2008 se emplee el modelo inquisitivo para perseguir delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005.

El segundo cargo comienza con una breve explicación de los artículos 29 y 299 de la Carta Política para después desarrollar los principios de legalidad penal y de respeto por las formas de cada juicio. Precisado su alcance, se señala que su observancia implica acatar el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y acto seguido, se explica que ambos preceptos superiores son desconocidos por las disposiciones acusadas en tanto permiten que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005.

El tercer cargo empieza con una explicación sobre en qué consiste el principio de juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva. Después se explica que desde el 31 de diciembre de 2008, todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos ante el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Acto seguido se señala que comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es el deber ser.

El cuarto cargo inicia con una breve explicación del derecho a la igualdad en su concepción aristotélica: igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales. Luego se anota que antes del 31 de diciembre de 2008 existía un principio de razón suficiente para aplicar la ley procesal penal de manera diferenciada según el lugar de comisión del delito, pero que después de aquella fecha no existe ninguna razón para que un punible ejecutado luego del 1° de enero de 2005 sea perseguido bajo el modelo inquisitivo. Finalmente, se concluye que los preceptos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, desconocen el derecho a la igualdad en la medida que por

esa vía se continúa recurriendo a criterios territoriales y de gradualidad desuetos que al aplicarse perpetúan la utilización diferenciada de la ley procesal penal. Lo anterior, a pesar de que esto último carece de sustento desde la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008).

El quinto cargo parte de definir el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas. En concreto, se explica que dicha garantía consiste única y exclusivamente en que sus delitos deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Luego, no están cobijados por un régimen procesal penal propio, lo que de suyo significa que les es aplicable el modelo general que la propia Carta Política prevé: el sistema penal acusatorio. A continuación se desarrollan las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000. Finalmente, se expone por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

(ii) En segundo lugar, la demanda recae sobre una proposición **cierta**, es decir, verificable, que se desprende del texto de una Ley vigente.

El alcance que se le da al contenido de las normas acusadas se deriva de una interpretación consistente, consolidada y relevante que emana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que es acogida por la jurisdicción ordinaria penal, así como por la Fiscalía General de la Nación según se explicó y ejemplificó a lo largo del presente documento (derecho viviente). De ahí que no se trate de una lectura basada en conjeturas, sino en una debidamente constatada. En cuanto al cargo quinto, que se deslinda de los cuatro anterior, tenemos que la proposición demandada es cierta en tanto que se deriva de la lectura literal del artículo 533 de la Ley 906 de 2006.

(iii) En tercer lugar, los argumentos esgrimidos son **específicos y pertinentes**.

En el primer cargo se explica que las normas acusadas (en concreto su interpretación) desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005.

En el segundo cargo se sostiene que los artículos demandados (o mas bien la lectura que se les ha dado) infringen los principios de legalidad penal y el respeto de las formas propias de cada juicio, consagrados en el artículo 29 Superior.

En el tercer cargo se justifica la infracción del derecho al juez natural (art. 29 CP) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 299 CP). En el cuarto cargo se afirma que las disposiciones cuestionadas (su hermenéutica en realidad) vulneran el derecho a la

igualdad (art. 13 CP) desde su dimensión aristotélica (igualdad entre iguales, desigualdad entre desiguales). Y en el quinto cargo se alega que el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual. De modo que las acusaciones se fundamentan en razones concretas y plantean un debate sobre la constitucionalidad de la norma, mas no de su conveniencia.

(iv) Por último, la forma como están contruidos los cargos y las razones que se brindaron para cuestionar las normas demandadas (en particular su interpretación judicial) son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de aquella. De ahí que también se cumpla con el requisito de **suficiencia**.

7. SOLICITUD

De acuerdo con los argumentos y consideraciones expuestas en la demanda, respetuosamente solicitamos:

1. Declarar inexecutable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.
2. En subsidio, declarar executable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que a partir del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar penalmente a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la Ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1° de enero de 2005.
3. Declarar inexecutable la expresión “los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

8. COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, en concordancia con el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra una ley de la República.

9. NOTIFICACIONES

- Yefferson Mauricio Dueñas Gómez recibe notificaciones en la carrera 14 # 93B-29, oficina 305, de Bogotá. También en los correos electrónicos: yduenas@gmail.com – yduenas@duenasgomez.com.

- John Jaime Posada Orrego recibe notificaciones en la calle 49 No. 50-21, oficina 2502, Medellín. Correo electrónico: johnjaimep@gmail.com

Con dicciones de comedimiento,

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ.
CC. 7'175.697 de Tunja

JOHN JAIME POSADA ORREGO
CC. 8.397.915 Bello (Antioquia).



“El que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado.” G. Radbruch.

Honorables Magistradas y Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
(Reparto)

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*.

Respetuoso saludo.

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ y JOHN JAIME POSADA ORREGO, en nuestra condición de ciudadanos, identificados como aparece al pie de las respectivas firmas, con fundamento en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Carta Política, presentamos demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*. La demanda sigue la siguiente estructura metodológica:

1.	CONTEXTO DE LA DEMANDA.....	3
2.	NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA	7
3.	ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)	12
3.1	La teoría del derecho viviente en la jurisprudencia constitucional	12
3.2	La interpretación de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 realizada por la Sala de Casación Penal es susceptible de control constitucional	15
4.	NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS	16
5.	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	17
5.1	CARGO PRIMERO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.	18
5.1.1	El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano.	18
5.1.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.....	21
5.1.3	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.	24



5.2	CARGO SEGUNDO. Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.....	27
5.2.1	Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.....	27
5.2.2	Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.....	32
5.3	CARGO TERCERO. Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.....	35
5.3.1	El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).	35
5.3.2	El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.....	38
5.3.3	Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.	43
5.4	CARGO CUARTO. Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1º y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron	47
5.5	CARGO QUINTO. El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2º, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.....	51
5.5.1	El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.....	52
5.5.2	El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.	56
5.5.3	La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.	68
6.	APTITUD DE LOS CARGOS.....	71
7.	SOLICITUD	75
8.	COMPETENCIA	75
9.	NOTIFICACIONES.....	76

1. CONTEXTO DE LA DEMANDA

La Constitución de 1991 introdujo uno de los cambios más importantes para la modernización de la persecución penal en Colombia: la creación de la Fiscalía General de la Nación. Infortunadamente, en cuanto a la instrucción, investigación y juzgamiento, la Carta Política mantuvo el -antiquísimo- modelo inquisitivo. No fue sino hasta 11 años después, con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, que se incorporó el sistema penal acusatorio al ordenamiento jurídico colombiano y al hacerlo se pretendió dejar atrás, de una vez por todas, el esquema inquisitivo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 realizó profundos cambios sustanciales en materia penal, como la creación del juez de control de garantías, la severa limitación de funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación, la incorporación de principios tales como la oralidad y la inmediación, entre otros. Adicionalmente, la reforma constitucional se encargó de fijar los parámetros temporales para implementar el nuevo modelo de investigación y juzgamiento. Señaló que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara el Legislador y que debía ponerse en marcha de manera gradual en el territorio nacional, **pero en todo caso tenía que estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.**

El Congreso de la República, en cumplimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, dictó la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. En el artículo 533 determinó que **el sistema penal acusatorio es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005.** Y en el artículo 530 definió el régimen de implementación gradual del nuevo modelo, para lo cual conformó cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales en los que se iría incorporando el modelo año tras año¹. En todo caso, por mandato expreso del acto reformativo de la Constitución, este modelo de implementación tenía como fecha límite el 31 de diciembre de 2008. Así las cosas, la vigencia del sistema penal acusatorio fue inmediata y uniforme para todo el país (desde el 1° de enero de 2005), pero con aplicación escalonada por Distritos Judiciales hasta el 31 de diciembre de 2008.

La particular fórmula anotada generó una aplicación simultánea del sistema penal inquisitivo y del sistema penal acusatorio entre los años 2005 y 2008. Pero la voluntad del Constituyente (y también del Legislador), fue que desde el 31 de diciembre de 2008 Colombia tuviera un sistema penal acusatorio sin aplicación concurrente con el modelo inquisitivo. De ahí que desde esa fecha todo delito cometido con posterioridad

¹ La aplicación inició el 1° de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira; el 1° de enero de 2006 en los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal; el 1° de enero de 2007 en los Distritos Judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y el 1° de enero de 2008 en los Distritos Judiciales restantes.

al 1º de enero de 2005 (cuando entró en vigencia la Ley 906 de 2004) tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros del sistema penal acusatorio.

No obstante, la práctica judicial ha sido complemente opuesta a lo ordenado por las normas antes aludidas. En efecto, después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha abierto procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005. Solo para ilustrar a la Corte Constitucional, me permito referir algunos ejemplos:

- Caso del señor Whitman Herney Porras Pérez. El 12 de febrero de 2009 el entonces Fiscal General de la Nación dispuso apertura formal de investigación en su contra por la posible autoría de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo con los de peculado por apropiación. Los punibles fueron cometidos durante su periodo como Gobernador de Casanare, esto es, entre los años 2006 y 2007².

- Caso del señor Julio Enrique Acosta Bernal. El 10 de noviembre de 2011 el Fiscal General de la Nación inició investigación forma en su contra como presunto responsable a título de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en concurso heterogéneo. Lo anterior, por celebrar el contrato No. 69 del 25 de abril de 2006, época en la que fungía como Gobernador de Arauca³.

- Caso de los señores Trino Luna Correa, Francisco José Infante Vergara y Omar Ricardo Diazgranados Velásquez, ex Gobernadores de Magdalena. El 31 de marzo de 2017 la Fiscalía General de la Nación ordenó abrir instrucción en su contra por las posibles irregularidades en el contrato No. 081 de 9 de febrero de 2007, suscrito con la *Unión Temporal Parque TAYKU*, cuyo objeto fue la construcción del parque cultural TAYKU en la ciudad de Santa Marta.

- Caso del señor Aníbal Gaviria Correa. El 5 de noviembre de 2019 la Fiscalía General de la Nación le inició investigación formal por supuestas anomalías en un contrato suscrito el 22 de diciembre de 2005 por la Gobernación de Antioquia -que él encabezaba- con el Consorcio Troncal de la Paz.

Los casos mencionados tienen como común denominador lo siguiente:

- (i) Los hechos objeto de investigación son posteriores al 1º de enero de 2005;

² Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 13 de marzo de 2013, rad. 37.858.

³ Fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SP18532-2017 del 8 de noviembre de 2017, rad. 43.263.

- (ii) Los procesos se abrieron formalmente después del 31 de diciembre de 2008;
- (iii) El modelo procesal que se las aplicó o ha aplicado es la Ley 600 de 2000 (inquisitivo) y no la Ley 906 de 2004 (acusatorio).

Ninguna autoridad judicial, incluyendo la Sala de Casación Penal, ha rechazado tal proceder. Antes bien, lo han avalado. La pregunta que surge es la siguiente:

¿Por qué se permite que después del 31 de diciembre de 2008 se inicien procesos bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005?

La respuesta es que la jurisdicción ordinaria penal, encabezada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente. Ello con independencia del momento en que se hayan iniciado a perseguir (2, 5 o incluso 10 años después de la plena implementación del sistema penal acusatorio). **Así lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.**

En pocas palabras, las autoridades judiciales tienen en cuenta el régimen de transición contemplado en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 para definir el régimen procesal aplicable a delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, pero comenzados a investigar luego del 31 de diciembre de 2008. Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen de transición finalizó en esta última fecha y no tiene sentido fáctico ni jurídico después de ella, la fórmula adoptada por la jurisdicción ordinaria es irrazonable y constitucionalmente inaceptable.

Permitir que la Ley 600 de 2000 se aplique después del 31 de diciembre de 2008 para delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 desconoce que el Acto Legislativo 03 de 2002 prohibió expresamente la utilización del modelo inquisitivo con posterioridad a la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008). Ello sin contar los problemas que genera en torno a postulados de rango constitucional como el principio de legalidad en materia penal, el respeto de las formas propias de cada juicio, el juez natural y el derecho a la igualdad.

De lo dicho se concluye que no se atacan los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 como tal, sino la interpretación y empleo que se les ha dado por parte de la jurisdicción ordinaria penal y de las demás autoridades que intervienen en los juicios criminales (*derecho viviente*).

Adicionalmente, en la presente demanda también se solicita declarar la inexequibilidad del inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual los delitos cometidos por los congresistas son investigados y juzgados bajo las reglas del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000). Las razones son esencialmente tres:

(i) Los artículos 175 y 178 de la Constitución regulan el fuero penal de los congresistas, que consiste única y exclusivamente en que la investigación y juzgamiento de los delitos por ellos cometidos corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Pero tales normas, ni ninguna otra de la Carta Política, establecen un régimen procesal penal especial aplicable a los funcionarios en comento. De ahí que su investigación y juzgamiento debe adelantarse bajo modelo general previsto en la Constitución: el sistema penal acusatorio introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma que no previó -ni expresa ni tácitamente- ninguna excepción en relación con los congresistas.

(ii) La exclusión de que trata el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está amparada por la libertad de configuración normativa. En efecto, aunque en virtud de ella se pueden diseñar procedimientos penales especiales (diferentes a los ordinarios) aplicables a la investigación y juzgamiento penal de los congresistas, tales reglas deben responder al único modelo de procesamiento penal constitucionalmente admitido y actualmente vigente: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002). Esto último no lo satisface la aplicación de la Ley 600 de 2000.

(iii) El modelo penal inquisitivo aplicable a los congresistas ha tenido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Y dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados, en particular de la H. Corte Constitucional. Bajo ese contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce mandatos superiores, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, propósito que se ha buscado desde la sentencia C-545 de 2008 y el Acto Legislativo 01 de 2018.

En suma, al inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional por el abierto desconocimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, el exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa y la falta de correspondencia del modelo

inquisitivo con los progresos en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.

Por último, quisiéramos poner de presente que esta es la oportunidad para que la Corte Constitucional haga efectiva la voluntad del Constituyente de terminar, de una vez por todas, la aplicación del modelo inquisitivo en Colombia y dar paso al sistema penal de tendencia acusatoria. No es jurídicamente admisible que después de 19 años de aprobada la reforma constitucional, y de 13 años de su completa implementación, el país continúe aplicando un modelo desueto como lo es el inquisitivo y que tampoco se acopla a los tratados internacionales ratificados por Colombia. Incluso, si nos atenemos al término de duración máxima de las penas (artículo 37 del Código Penal), tendríamos que aceptar que hasta el año 2055 podríamos iniciar procesos bajo las normas de la ley 600 de 2000, e incluso más allá, en los casos de concurso, fecha para la cual habría prescrito la última acción penal, lo cual es absolutamente insostenible tanto ante la comunidad nacional como ante la internacional, lo que hace que sea imprescindible corregir esta situación cuanto antes.

2. NORMAS DEMANDADAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE SE CUESTIONA

A continuación, transcribimos los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial número 45.658:

*“LEY 906 DE 2004
(agosto 31)*

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

El Congreso de la República

*DECRETA
(...)*

ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.

(...)

ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”⁴

(i) La **interpretación** que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia le ha dado a los artículos citados -que se impugna a partir de la teoría del *Derecho Viviente*- es la siguiente: los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 deben investigarse y juzgarse bajo la Ley 600 de 2000 si para la época de los hechos aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente. Dicha hermenéutica se encuentra condensada en diferentes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de las que a continuación se reseñan solo algunas:

- **Auto del 11 de febrero de 2013**⁵. Inadmitió una demanda de casación en la que el accionante solicitó declarar la nulidad de su proceso toda vez que fue investigado y juzgado bajo la Ley 600 de 2000 por un delito cometido el **15 de abril de 2005**, fecha para la cual ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004. La Sala de Casación Penal señaló que el sistema penal acusatorio solo entró a operar en Medellín desde el 1° de enero de 2006, y comoquiera que su conducta era previa a dicha fecha, todo el proceso se debía tramitar de conformidad con la Ley 600 de 2000:

“El libelo contiene la particular visión del actor en torno a la época en que debió entrar en vigencia en la ciudad de Medellín el sistema penal acusatorio, tema objeto de amplio debate en las instancias que, además, ya ha sido dilucidado por la Corporación, en el sentido de que la Ley 906 de 2004 empezó a regir de forma escalonada en el territorio colombiano, acorde con los plazos fijados en el artículo 530 de dicha preceptiva.

(...)

En ese orden, tal como lo dispone el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, dicho sistema procesal empezó a operar en la ciudad de Medellín a partir del 1 de enero de 2006, para hechos acaecidos a partir de esa fecha, resultando claro que, contrario a lo pregonado por el libelista, no era el aplicable a hipótesis fácticas ocurridas en ese distrito judicial con antelación a dicha fecha.”

⁴ El último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 (“Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”) se subraya y resalta porque la presente demanda también pretende que sea declarado inexecutable por razones autónomas -como se anotó en el acápite de contexto y se explica en detalle más adelante-.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de febrero de 2013. MP. María del Rosario González Muñoz, rad. 40.516.

- **Sentencia del 12 de junio de 2014**⁶. La Sala de Casación Penal analizó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, para lo que necesariamente tenía que determinar si el proceso se regía por la Ley 600 de 2000 o por el sistema penal acusatorio. Respecto de esto último, señaló que los hechos denunciados datan del **13 de diciembre de 2006**, pero debido a que la Ley 906 de 2004 solo empezó a aplicarse en el Distrito Judicial de Barranquilla desde el 1º de enero de 2008, el proceso tenía que tramitarse de conformidad con el modelo inquisitivo (como en efecto sucedió):

“En este caso, se tiene que la demanda involucra un problema de estricto contenido constitucional, que merece ser atendido de fondo por la Sala. En efecto, el actor en su sencillo escrito, sostiene de forma concreta que el Juzgado de conocimiento fijó la pena aplicando el incremento punitivo consagrado en una norma que no era aplicable al asunto, con lo cual se acredita que no intenta seguir discutiendo el mismo objeto del proceso penal, esto es, su responsabilidad en el delito, aunque precisa la ausencia de pruebas para acreditar la edad de la menor como el examen sexológico, no realiza argumento de cara a desvirtuar su responsabilidad ya que de ser así la acción de tutela sería improcedente en la medida que dichos temas debieron ser discutidos en las instancias ordinarias, en tanto lo que realmente advierte son las irregularidad en la pena, aspecto que serán motivo de pronunciamiento.

Hecha la anterior precisión y descendiendo al caso puesto en consideración del Juez de tutela, basta con revisar la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Soledad (Atlántico), para advertir que se le está vulnerando al actor el derecho al debido proceso, al establecerse que incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela -defecto sustantivo- en la medida que el fallador se equivocó al tener en cuenta las previsiones del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, cuando las mismas no son aplicables a los procesos que se tramitan por el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

En efecto: como los hechos denunciados tuvieron ocurrencia el 13 de noviembre de 2006, fecha para la cual no se había implementado el sistema acusatorio en el distrito Judicial de Barranquilla, en tanto su ejecución se originó a partir del 1º de enero de 2008 en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, luego el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, solo resulta aplicable a los asuntos regidos por el sistema penal acusatorio, que no es el caso de CESAR ANTONIO ESCORCIA COMAS, si se tiene en cuenta que el procedimiento que reguló el asunto fue el previsto en la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP7531-2014 del 12 de junio de 2014. MP. José Luis Barceló Camacho, rad. 74.205.

- **Sentencia del 27 de enero de 2016**⁷. La Sala de Casación Penal, al igual que en el fallo anterior, verificó si el demandante era merecedor o no del aumento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, por lo que tuvo que pronunciarse acerca del régimen procesal aplicable al caso. Sostuvo que el delito se cometió el **11 de diciembre de 2006** en Yacopí (Cundinamarca), de modo que correspondía adelantar todo el proceso bajo la Ley 600 de 2000 debido a que para esa fecha el Distrito Judicial de Cundinamarca no había implementado el sistema penal acusatorio:

“La norma de aumento de penas en mención sólo resulta aplicable en los casos en que los hechos ocurrieran en aquellos Distritos Judiciales en los cuales gradualmente se fue implementando el sistema penal acusatorio regulado en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

En el presente caso, los sucesos acaecieron el 11 de diciembre de 2006 en jurisdicción territorial del municipio de Yacopí, Cundinamarca. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el esquema procesal penal allí previsto empezó a aplicarse en dicho Departamento a partir del 1º de enero de 2007. De ahí, precisamente, que este proceso se haya tramitado bajo la égida de la Ley 600 de 2000.” (Subrayado fuera de texto).

Huelga anotar que, en este caso la persecución penal inició el 13 de julio de 2009. Es decir, después de que el sistema penal acusatorio entrara en plena vigencia (31 de diciembre de 2008).

- **Sentencia del 4 de abril de 2019**⁸. El accionante alegó la violación de su derecho al debido proceso porque se le investigó y juzgó bajo las reglas de la Ley 600 de 2000 a pesar de haber cometido la conducta delictiva en el **año 2007**. La Sala de Casación Penal descartó la vulneración aducida porque los hechos ocurrieron en el municipio de San Alberto (Cesar), que pertenece al Distrito Judicial de Valledupar. Y dado que en este último la Ley 906 de 2004 empezó a aplicarse desde el 1º de enero de 2008, era preciso que el accionante fuera investigado y juzgado de conformidad con el sistema inquisitivo:

“5. Al momento de proferirse la ley 906 de 2004, el Legislador quiso que el nuevo sistema penal que allí se adoptaba empezara a regir de manera paulatina en todo el país, motivo por el cual en el artículo 530 de la referida legislación indicó:

‘ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP488-2016 del 27 de enero de 2016. MP. Gustavo Enrique Malo Fernández, rad. 38.151.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP4566-2019 del 4 de abril de 2019. MP. Luis Guillermo Salazar Otero, rad. 103.698.

distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008. (subrayas fuera de texto).

6. Visto lo anterior, puede concluir la Sala que no le asiste razón al impugnante en sus reclamaciones, toda vez que su conducta fue ejecutada en el municipio de San Alberto, el cual pertenece al distrito judicial de Valledupar, lugar donde la Ley 906 de 2004 empezó a implementarse el 1° de enero de 2008 y no en el año 2005, como lo reclama el actor.

Luego al haber ejecutado su conducta delictual en el año 2007 en una región donde aún no se encontraba en vigencia la ley procedimental acusatoria, su causa penal debía ser tramitada bajo los lineamientos de la ley 600 de 2000, como efectivamente ocurrió, descartándose con ello cualquier afrenta a su debido proceso por indebida aplicación de la ley procesal. (Subrayado fuera de texto)

La tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha conllevado a que hoy en día se inicien procesos por presuntos delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 bajo el régimen previsto en la Ley 600 de 2000. Eso a pesar de que, por mandato expreso del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el sistema penal acusatorio entró en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008⁹.

(ii) De otra parte, el último inciso del artículo 533 de la ley 906 de 2004 (“Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”) se demanda por razones autónomas e independientes que se exponen con detalle más adelante (quinto cargo).

⁹ “**Artículo 5°. Vigencia.** El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. **El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

3. ASUNTO PREVIO: EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA (TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE)

La presente demanda de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, en el fondo no se cuestionan dichas disposiciones como tal, sino la interpretación que de ella han hecho jueces, fiscales y magistrados (en particular la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia). De ahí que sea necesario: (i) realizar unas breves consideraciones en torno a la teoría del derecho viviente, desarrollada por la Corte Constitucional para examinar la compatibilidad de interpretaciones normativas con la Carta Política; y (ii) explicar por qué en el caso concreto se cumplen los requisitos para aplicar dicha teoría.

Es del caso precisar que la teoría del derecho viviente es relevante a efectos de analizar la constitucionalidad de la lectura dada a los artículos anotados, que no en relación con el examen que deba recaer sobre la expresión que se demanda del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, cuyas razones de inconstitucionalidad -se reitera- son autónomas e independientes.

3.1 LA TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En principio, el control abstracto de constitucionalidad está diseñado para examinar la compatibilidad de las disposiciones emanadas del Congreso de la República con la Carta Política. No obstante, dichas disposiciones no tienen un contenido o sentido unívoco, sino que los operadores judiciales se encargan de interpretarlas y darles un alcance determinado. Y a la postre es aquel entendimiento el que resulta jurídicamente relevante en tanto es el aplicado para decidir los asuntos sometidos a conocimiento de la Administración de justicia. Es por esa razón que la Corte Constitucional ha admitido la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la interpretación que se ha realizado (principalmente por los órganos de cierre de cada jurisdicción) de ciertas disposiciones. Esto último es conocido como la teoría del derecho viviente.

Los argumentos centrales que sustentan la teoría en comento están reseñados en la sentencia C-557 de 2001, decisión hito sobre el particular pero que la Corte ha reiterado en decisiones posteriores, incluso recientes. A continuación, me permito transcribirlos:

“5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma

fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

5.2.3. Igualmente, el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto).

La postura bajo análisis ha sido reiterada en sentencias tales como la C-015 de 2018, en la que se afirma que “es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a las normas que surgen de interpretaciones abiertamente contrarias a la Constitución Política, a través del concepto de derecho viviente”. En

dicho fallo la Corte Constitucional diferencia los términos de “disposición” y “norma”, en el entendido que el primero corresponde al texto expedido por el Congreso de la República y recogido en un artículo, mientras que el segundo es el contenido que se le ha otorgado como consecuencia de la interpretación judicial. Asimismo, reitera la necesidad de que el control constitucional recaiga sobre el alcance dado a las disposiciones por los órganos de cierre (normas) y no sobre un sentido hipotético del texto acusado:

“Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma no es la disposición, sino el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y en algunos casos para llegar a ella hace falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho estático de los textos (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados.”

La doctrina del derecho viviente exige a la Corte realizar sus análisis de constitucionalidad sobre interpretaciones que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina), excluyendo aquellas posiciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes. El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.” (Subrayado fuera de texto).

De manera reciente, y en línea con la teoría del derecho viviente, mediante Auto del 7 de diciembre de 2020 se admitió la demanda presentada por un ciudadano contra la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 24 de la Ley 640 de 2001, contenida en fallo de unificación del 24 de noviembre de 2014¹⁰. Sostiene la providencia:

“Señala el accionante que según la jurisprudencia es viable ejercer el control de constitucionalidad sobre la interpretación uniforme de una disposición legislativa, denominada doctrina del derecho viviente, argumento que goza de toda certeza, en tanto, el juicio de responsabilidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla, como ocurre en el caso de la norma demandada -artículo 24, Ley 640 de 2001-, interpretada por el Consejo de Estado en la sentencia unificadora ya referida que se muestra consistente, consolidada y relevante, y frente a la cual, el juez”

¹⁰ Expediente D-14049. Magistrado Sustanciador: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Sentencia C-214 del 8 de julio de 2021 (pendiente de publicación).

constitucional puede efectuar válidamente el análisis crítico del sentido normativo fijado jurisprudencialmente, pues a la Corte le es posible asumir excepcionalmente el control de constitucionalidad frente a interpretaciones contrarias a la Constitución Política” (Subrayado fuera de texto).

Por último, es necesario señalar los requisitos que la Corte Constitucional ha fijado para admitir el examen abstracto en relación con las interpretaciones dadas por las autoridades judiciales a las normas de derecho positivo, a saber¹¹: (i) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (ii) la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y (iii) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

3.2 LA INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 530 Y 533 DE LA LEY 906 DE 2004 REALIZADA POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En la presente demanda se cuestiona no la literalidad de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, sino la manera como la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia la han entendido y aplicado (hermenéutica normativa que debe ser observada por los fiscales, jueces y magistrados de la República). La interpretación en cuestión es pasible de control constitucional dado que emana del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal (art. 234 CP) y además se cumplen los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para dar aplicación a la teoría del derecho viviente. Veamos.

(i) La interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a las disposiciones demandadas es consistente. En efecto, en diferentes providencias ha reiterado la tesis de que el estatuto procesal aplicable (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) para los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 responde al factor de gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio. Tal postura no ha sido objeto de modificaciones o modulaciones relevantes sino que ha mantenido invariable en el tiempo.

(ii) La hermenéutica bajo examen está consolidada. Prueba de ello es que existen más de tres (3) decisiones que la acogen y que la Sala de Casación Penal la utiliza para

¹¹ Sentencias C-557 de 2001, C-193 de 2016, C-015 de 2018, entre otras.

resolver diferentes asuntos: nulidades planteadas en sede de casación, aspectos sustanciales -como el aumento de penas contemplado en la Ley 890 de 2004- conexos al régimen procesal, acciones de tutela, entre otros.

Los juzgados y los Tribunales Superiores también acogen la lectura normativa en cuestión. Esto se concluye a partir de las providencias de la Sala de Casación Penal que avalan los procesos adelantados por dichas instancias bajo la Ley 600 de 2000 cuando el delito se cometió después del 1° de enero de 2005, pero antes de que el sistema penal acusatorio fuera implementado en el lugar de los acontecimientos. Ello confirma que, en general, la jurisdicción ordinaria penal se decanta por la tesis que aquí se discute. Y por si fuera poco la Fiscalía General de la Nación también actúa de conformidad con el planteamiento que se cuestiona, tal y como se reseñó en el primer acápite de la presente demanda.

(iii) La hermenéutica de la Sala de Casación Penal a los artículos demandados es relevante para determinar el alcance de los mismos, así como sus efectos. Por años, a partir de tal hermenéutica se ha determinado cuál es régimen procesal aplicable a los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, decisión con una altísima trascendencia considerando que el modelo inquisitivo y el sistema penal acusatorio tienen diferencias mayúsculas que afectan directamente garantías fundamentales como la libertad y el debido proceso. Pero, además, es relevante en tanto que desafía la prohibición contenida en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002: después del 31 de diciembre de 2008, los delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005 no pueden ser perseguidos bajo las normas del sistema inquisitivo.

Dado que se satisfacen los requisitos fijados por la jurisprudencia para analizar la constitucionalidad de la interpretación de una disposición (derecho viviente), respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional analice la hermenéutica que aquí se cuestiona de conformidad con los cargos que se desarrollan a continuación.

4. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las normas demandadas, entendidas en la manera expuesta, desconocen los artículos 1° (principio de estado unitario), 13 (igualdad), 29 (principio de legalidad penal, principio de respeto de las formas propias de cada juico y principio de juez natural), 150-2 (libertad de configuración legislativa de las normas procesales) y 299 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, así como los artículos 2° (elementos mínimos del sistema penal acusatorio) y 5° (ámbito de aplicación del sistema penal acusatorio) del Acto Legislativo 03 de 2002.

5. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la forma que lo ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -y en general la jurisdicción ordinaria penal y la Fiscalía General de la Nación-, son inconstitucionales porque vulneran los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política, al igual que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Para sustentar lo anterior, se formulan los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

- **CARGO PRIMERO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1° de enero de 2005.
- **CARGO SEGUNDO.** Los artículos cuestionados, interpretados en la manera señalada, desconocen el artículo 29 de la Constitución porque vulneran el principio de legalidad al impedir que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 sean juzgados según las formas correspondientes.
- **CARGO TERCERO.** Los artículos acusados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 29, 250 y 299 de la Constitución, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque vulneran el principio de legalidad penal y eliminan la garantía de juez natural, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- **CARGO CUARTO.** Los artículos demandados, interpretados como se ha explicado, desconocen los artículos 1° y 13 de la Carta Política por permitir que criterios que diferencian en razón del territorio sigan siendo aplicados aun cuando ya desaparecieron
- **CARGO QUINTO.** El inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción prohibida por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual.

A continuación, explicamos en detalle cada uno de los cargos enunciados.

5.1 CARGO PRIMERO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN QUE EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 DETERMINÓ QUE A PARTIR DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2008 NO PUEDE APLICARSE EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO PARA DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1° DE ENERO DE 2005.

El Acto Legislativo 03 de 2002 previó que el sistema penal acusatorio entraría en plena vigencia, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008. La consecuencia natural de lo anterior es que a partir de dicha fecha dejaría de tener cabida la aplicación del modelo inquisitivo para adelantar procesos penales. Pero la realidad fue distinta y después del 31 de diciembre de 2008 se ha seguido empleado el régimen previsto en la Ley 600 de 2000 para perseguir delitos que deben ser tramitados con arreglo a la Ley 906 de 2004 al haberse cometido luego del 1° de enero de 2005 (cuando el modelo penal acusatorio entró en vigencia en todo el país, aunque su implementación fue escalonada). Lo anterior, a raíz de la interpretación que la jurisdicción ordinaria penal, y en especial la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, le ha dado a los artículos 530 y 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

No obstante, la hermenéutica que sirve de sustento para dicha práctica desconoce abiertamente que el Acto Legislativo 03 de 2002 pretendió que el 31 de diciembre de 2008 entrara en vigencia un sistema penal de tendencia acusatoria, esto es, sin coexistencia del modelo inquisitivo (salvo en lo relativo a los delitos cometidos por los congresistas). De ahí que estamos frente a una interpretación normativa inconstitucional que debe ser retirada del ordenamiento jurídico para en su lugar dejar claro que desde el 31 de diciembre de 2008, es constitucionalmente inadmisibles que delitos ejecutados a partir del 1° de enero de 2005 sean perseguidos conforme a las normas del sistema penal inquisitivo.

5.1.1 El Acto Legislativo 03 de 2002: la introducción del sistema penal acusatorio al Estado colombiano.

El Acto Legislativo 03 de 2002 significó un cambio radical en el sistema penal colombiano. Mediante dicha norma, se quiso dejar atrás -de una vez por todas- el antiquísimo modelo de juzgamiento inquisitivo para dar paso al sistema penal acusatorio. En este último se crearon los jueces de garantías, se limitaron las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación (por ejemplo, se le quitó la facultad de ordenar y mantener la privación de la libertad de una persona), se reafirmaron principios esenciales como la presunción de inocencia y el debido proceso, se incluyeron otros como la oralidad y la inmediatez, por citar solo algunos aspectos relevantes.

Los nuevos elementos introducidos por la reforma constitucional no solo eran numerosos, sino que también tomaban un tiempo considerable para ser implementados. En especial porque la transición no era fácil debido a las características del antiguo modelo de investigación y juzgamiento penal, en su mayoría incompatibles con el sistema penal acusatorio. Por esa razón, el Constituyente derivado dispuso que la ley determinara el inicio de la vigencia del nuevo régimen procesal penal, así como su aplicación gradual y sucesiva por Distritos Judiciales. Pero, además, fijó un límite temporal para que el modelo acusatorio entrara en plena vigencia: el 31 de diciembre de 2008. Lo anterior fue estipulado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002:

“Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.”

***Parágrafo transitorio.** Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4° transitorio, velará por su cumplimiento.”*

Fíjese que el propio parágrafo transitorio de la disposición citada explicita las razones de ser de la gradualidad, que corresponden a motivaciones de orden económico, técnico y logístico. De esto último también dan cuenta los informes de ponencia rendidos en el Senado de República al momento de discutir el entonces proyecto de reforma constitucional:

“IV. Régimen de transición hacia el nuevo sistema

Compartimos con el gobierno el plazo prudencial de cuatro años a partir de la promulgación del Proyecto de Acto Legislativo número..., para permitir el proceso de transición hacia la implementación de un sistema de corte acusatorio en el procedimiento penal colombiano, la adopción de juicios orales, públicos y contradictorios, y la aplicación de la doble instancia en los procesos ante la Corte Suprema de Justicia. En este término se deberá llevar a cabo foros gubernamentales, discusiones académicas y publicidad a través de los medios, para enterar a los funcionarios del aparato judicial y a la ciudadanía sobre la reforma, y para adelantar las reformas de infraestructura que se necesiten, entre otras para la adecuación de las salas de audiencias para los juicios orales.”¹²

¹² Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 148 y 157 de 2002.

Adicionalmente, de las discusiones al interior del Congreso de la República se concluye que el régimen de gradualidad fue diseñado para permitir la aplicación concurrente el modelo inquisitivo y del acusatorio mientras este último se terminaba de implementar. Empero, también se hace evidente la intención del Constituyente de superar la dualidad de sistemas para dar paso a un sistema penal acusatorio. Ello de suyo significa que el propósito era (es) que terminado el periodo de transición, solo continuara en funcionamiento el nuevo modelo de investigación y juzgamiento:

“Es por eso señor Fiscal General de la Nación, que nosotros consideramos que al momento de debatir este acto legislativo estamos haciendo justicia en Colombia, estamos garantizando que hay un adecuado equilibrio al momento de procesar penalmente a la totalidad de los colombianos como quiera que es una reforma novedosa al sistema penal colombiano no puede imperar de golpe, tiene necesariamente que existir la gradualidad al momento de su aplicación y es por eso, que se deja un lapso de tiempo para que progresivamente se vaya implementando la transformación del sistema mixto a sistema acusatorio puro en Colombia.”³ (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo pretendido por el Constituyente derivado, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 creó un periodo de transición en que el debían coexistir los modelos inquisitivo y acusatorio, pero culminado dicho lapso debe imperar el sistema introducido por la reforma constitucional:

“Por virtud del mecanismo gradual y sucesivo de implementación establecido en el artículo 5° del Acto Legislativo, se presentarán tres (3) etapas distintas en el proceso de materialización del nuevo sistema acusatorio: (i) entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1° de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1° de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en ‘plena vigencia’ el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país.”⁴

En la sentencia T-1211 de 2005 la Corte Constitucional reiteró que la gradualidad y sus alcances se limitan a aspectos propios de la progresiva implementación del sistema. Luego, es claro que finalizada la incorporación del modelo acusatorio en el territorio nacional, las normas que regularon la gradualidad cesaron efectos. Adicionalmente, puso de presente que debe distinguirse entre la implementación y la vigencia del novedoso sistema penal:

³ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 50 de 2003.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-873 de 2003.

“A pesar de que el Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la gradualidad en su aplicación, debe recalcar que esa restricción no implica que los principios y valores en que se funda la organización estatal queden suspendidos mientras se alcanza la implementación plena del sistema adoptado por tal enmienda. Así, habida cuenta que el constituyente de 1991 adoptó la forma de República unitaria para el Estado colombiano, la gradualidad establecida en el Acto Legislativo 03 de 2002 debe entenderse limitada a aquellos aspectos propios de la progresiva implementación del sistema, pero no puede desconocer la vigencia en todo el país de las normas expedidas por el legislador ordinario con base en dicho acto reformativo de la Carta.” (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se concluye que: (i) el objetivo del Acto Legislativo 03 de 2002 fue acabar con el sistema penal inquisitivo para dar paso a un sistema penal de tendencia acusatoria, es decir, que no coexistiera con el antiguo modelo sino que fuera el único aplicado en Colombia; (ii) la definición el inicio de la vigencia de este último fue delegada a la ley; (iii) comoquiera que la incorporación de nuevo modelo suponía cambios estructurales -tanto físicos como recursos humanos-, se previó implementarlo de manera gradual; (vi) aunque la aplicación es progresiva, la vigencia del sistema penal acusatorio fue uniforme en todo el territorio nacional; y (v) en todo caso, el sistema penal acusatorio debía entrar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, de modo que desde esa fecha es constitucionalmente inadmisibles iniciar procesos bajo la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000.

Resta entonces por dilucidar dos aspectos importantes. El primero es desde cuándo la ley determinó que entraría a regir el novedoso modelo. El segundo refiere al plan diseñado por el Legislador para su implementación gradual. Ambos se analizan a continuación.

5.1.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 regulan lo relativo a la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, así como el inicio de la vigencia del nuevo modelo de investigación y juzgamiento, respectivamente. Ambas disposiciones desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002.

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 (vigencia) dispuso que **todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 tienen que ser investigados y juzgados de conformidad con las reglas del sistema penal acusatorio.** Consagró una única excepción: aquellos punibles presuntamente cometidos por los congresistas deben continuarse investigando y juzgando según las normas de la Ley 600 de 2000. Dice la norma:

“ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. *El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 10. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”*

Por su parte, el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 estableció cuatro (4) grupos de Distritos Judiciales para implementar el sistema penal acusatorio de manera gradual. El primero debía aplicarlo desde el 1° de enero de 2005, mientras que el último debía incorporarlo desde el 1° de enero de 2008. En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, el nuevo modelo debía entrar en plena vigencia -a más tardar- el 31 de diciembre de 2008:

“ARTÍCULO 530. SELECCIÓN DE DISTRITOS JUDICIALES. *Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.*

En enero 1° de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1°) de enero de 2008.”

Durante el trámite legislativo del ahora Código de Procedimiento Penal se dio a conocer que la selección de los grupos de Distritos Judiciales se realizó a partir de consideraciones de orden logístico y técnico. Así lo expuso el entonces Fiscal General de la Nación:

“El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Joaquín Vives:

Muchas gracias, quisiera conocer de los ponentes y de quienes concertaron, cuáles fueron los criterios para seleccionar unos distritos judiciales y otros no, o sencillamente fue discrecional, fue al azar, o sea por qué no comenzaron con el del Cauca, con el de Santa Marta, en fin, con otros diferentes de los que se señalaron ahí.

El señor Presidente concede el uso de la palabra al señor Fiscal General de la Nación:

Gracias, Presidente, honorable Representante: la Fiscalía venía trabajando desde hace tiempo la consideración de algunas áreas donde debería implementarse el sistema, en propuesta al Consejo de la Judicatura, se habían señalado primero dos áreas distintas, eran Bogotá y Medellín, el Consejo de la Judicatura, hizo algunas observaciones, algunas

recomendaciones, exhibió algunos documentos y algunas estadísticas y pidió que aplazáramos Medellín y que en su lugar pusiéramos los tres departamentos del Eje Cafetero, que tiene unas connotaciones específicas, son unas ciudades intermedias, tienen buenas vías de comunicación, la parte de la municipalidad está bien organizada, los Palacios de Justicia tienen la posibilidad de una adaptación de salas, que son alrededor de unas cuarenta y cinco, en forma relativamente fácil y pronta.

Lo de Bogotá básicamente se originó en la reflexión de que precisamente en la hermana República de Chile habían empezado a prever el sistema, por los sitios donde menos connotación y efecto podía producir la reforma y se ha presentado el fenómeno de que hubieran podido aprovechar mejor las ventajas comparativas de la ciudad capital, donde tienen todas las fortalezas de la Academia, de la administración más directamente por parte de los organismos centrales y la cúpula de la función de la rama, por la facilidad que tiene de aprovecharse el conjunto o el número plural de los servidores, en este caso los jueces, para poderle hacer elementos de economías de escala en materia de recurso humano y desde luego porque Bogotá viene desde hace mucho tiempo también recibiendo la mayor cantidad de capacitación, por ejemplo el sistema de oralidad, hay cerca de setecientos servidores que ya han recibido esa calificación y por fenómenos que pueden resultar aborrecibles de todas maneras son y es que por acá por la capital, se han iniciado muchas de las capacitaciones y de los beneficios principales.

Para la segunda etapa del año siguiente, pues vendría la parte de la Costa, que me parece que es un tema también importante de definir y básicamente dejaríamos para el tercer y cuarto año, la parte de los nuevos departamentos y las zonas más alejadas, muchas gracias.”¹⁵

En ese orden de ideas, tenemos un sistema penal acusatorio con vigencia desde el 1° de enero de 2005, pero con aplicación diferida en el tiempo y por Distritos Judiciales, situación que se puede resumir en la siguiente premisa: para el 1° de enero de 2005 el modelo estaba vigente en todo el país, pero parcialmente implementado. Se diferencia entonces entre vigencia del sistema penal acusatorio (la cual fue uniforme en todo el territorio nacional) y la progresiva aplicación del mismo por razones estrictamente técnicas.

La necesaria, aunque particular, solución adoptada por el Constituyente derivado y por el Legislador generó que durante el periodo de transición coexistieran la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 dependiendo del Distrito Judicial del que se tratara. Pero una vez el sistema penal acusatorio entró en pleno funcionamiento (31 de diciembre de 2008), lo natural y jurídicamente correcto era que el modelo inquisitivo cesara su aplicación de una vez por todas (excepto para los casos de los congresistas).

¿Qué significa la plena entrada en funcionamiento de la ley 906 de 2004?

¹⁵ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 54 de 2004.

Significa que a partir del 31 de diciembre de 2008 es constitucionalmente inadmisibles investigar, instruir y juzgar cualquier delito cometido desde el 1º de enero de 2005 bajo el esquema contemplado en la Ley 600 de 2000. Ello a su vez implica que los presuntos delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 en un Distrito Judicial en el que aún imperaba el modelo inquisitivo, pero cuya persecución inició luego del 31 de diciembre de 2008, solo pueden investigarse, instruirse y juzgarse de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal del 2004.

No obstante, actualmente la gradualidad explicada ha sido interpretada por parte de la Fiscalía General de la Nación y de la jurisdicción penal ordinaria, encabezada por la Sala de Casación Penal, como sinónimo de vigencia o de no derogatoria de la Ley 600 de 2000, lo cual es incompatible con la Constitución. Esto a pesar de la literalidad del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el cual derogó el modelo anterior para todos los delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2005 (excepto en el caso de congresistas). En otras palabras, la implementación progresiva del sistema penal acusatorio no se ha entendido como una coexistencia de regímenes procesales que se limita al periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2008, sino que ha servido para hoy en día -19 años después de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, 16 años después de proferida la Ley 906 de 2004 y a 12 años de su plena entrada en funcionamiento- justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005.

¿Cuál es la razón de la hermenéutica descrita?

Se argumenta que para la época de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en los Distritos Judiciales del país, salvo los de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Así, se le ha otorgado efectos ultractivos a las normas originales de la Constitución referentes al modelo de instrucción y juzgamiento penal y a la Ley 600 de 2000. Ello con la gravosa consecuencia de permitir que la Fiscalía General de la Nación -órgano no jurisdiccional- disponga, por ejemplo, de la libertad de la persona investigada en detrimento de los postulados de la Carta Política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el acápite siguiente se ahonda en la anomalía hermenéutica advertida y se explica por qué es inconstitucional.

5.1.3 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se ha explicado, desconocen el límite máximo fijado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la aplicación del sistema penal inquisitivo.

El régimen de transición ordenado en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 (desarrollado por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004) tenía un límite temporal: el 31 de diciembre de 2008. Desde ese momento, ninguna autoridad podía iniciar causas penales bajo la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. La razón es simple: a partir de allí, todo el país habría implementado el sistema penal acusatorio y, en consecuencia, no existiría impedimento alguno (fáctico, logístico o jurídico) para hacer uso de él.

Sin embargo, lo cierto es que después del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación ha continuado abriendo procesos en el marco de la Ley 600 de 2000 con ocasión de punibles ejecutados luego del 1° de enero de 2005. Y lo que es peor aún, dicho aval fue y sigue siendo respaldado por la justicia ordinaria penal. En concreto, desde temprano la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sentó jurisprudencia al respecto y desde entonces ha sostenido de manera consistente lo siguiente: aunque el delito fue cometido después del 1° de enero de 2005, como para la fecha de los hechos no se había implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial correspondiente, el punible tiene que juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000. Esto lo ha hecho al interpretar los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.

Es decir, para la Sala de Casación Penal no resulta relevante que la Ley 906 de 2004 ya hubiera sido incorporada al respectivo territorio judicial para cuando comenzó el proceso, sino solo el hecho de que no estaba implementada en el momento en el que se cometió el delito. A partir de esta tesis es que en años recientes se han podido iniciar investigaciones que se surten de conformidad con la Ley 600 de 2000, como las seguidas contra los señores Julio Enrique Acosta, Trino Luna Correa, Aníbal Gaviria, entre otros.

Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, desconocen abiertamente el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002. En particular, vulneran dos ejes centrales de la norma constitucional:

- (i) La entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, fecha precisada por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004; y
- (ii) La fecha máxima de implementación del nuevo modelo, que corresponde al 31 de diciembre de 2008.

Procedemos a explicar lo anterior:

- El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 es claro en señalar que el sistema penal acusatorio entraría a regir cuando así lo determinara la ley, pero que en todo caso debía estar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008. En cumplimiento de lo

anterior, la Ley 906 de 2004 dispuso que el nuevo modelo aplicaría para todo delito ejecutado luego del 1° de enero de 2005, fecha en la que sistema penal acusatorio entró a regir en todo el territorio nacional aunque en ese entonces no estaba por completo implementado en los diferentes Distritos Judiciales del país. Esto último se lograría, por tarde, el 31 de diciembre de 2008.

- La regla general es que todo delito cometido después del 1° de enero de 2005 sea investigado, instruido y juzgado dentro del sistema penal acusatorio, tal como lo ordena el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 en concordancia con el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

- La regla anterior tiene, en principio, dos excepciones. La primera es una permanente y se refiere a los delitos cometidos por los congresistas, que serán tramitados bajo el modelo de la Ley 600 de 2000. La segunda es de carácter transitorio, consistente en que dependiendo del grupo de implementación al que pertenecía el Distrito Judicial donde se cometía el punible, los delitos cometidos entre el 1° de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008 por personas distintas a los congresistas eran procesados conforme a las reglas del régimen inquisitivo.

- Finalizada la implementación escalonada del nuevo esquema (lo que sucedió el 31 de diciembre de 2008), desapareció toda justificación válida para continuar aplicando el modelo inquisitivo a delitos que por la fecha en la que fueron cometidos deben ser investigados y juzgados de conformidad con la Ley 906 de 2004. Desde entonces, la excepción transitoria también perdió toda vigencia y aplicación.

- La voluntad del Constituyente derivado fue que entre los años 2005 y 2008 existiera un sistema mixto, **y que a partir del 31 de diciembre de 2008 solo se aplicara el modelo acusatorio.** El Legislador también tuvo la misma intención cuando diseñó el sistema de escalonamiento previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Y en ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C-873 de 2003 y T-1211 de 2005, según se reseñó previamente. En consecuencia, comoquiera que el delito se cometió de manera posterior al 1° de enero de 2005, la única opción constitucionalmente admisible es aplicar los postulados del sistema penal acusatorio.

En ese orden de ideas, después del 31 de diciembre de 2008 es extraña, irrazonable e inconstitucional cualquier aplicación del régimen de transición para justificar la aplicación de la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. De ahí que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados de la manera que se cuestiona, devienen contrarios a la Carta Política.

El régimen de transición al que la Sala de Casación Penal ha acudido para sustentar su tesis se previó para evitar traumatismos en la implementación del sistema penal

acusatorio y adaptar poco a poco la Rama Judicial para asumir la carga derivada de la incorporación del nuevo modelo. Sin embargo, desde el 31 de diciembre de 2008 desaparecieron los motivos logísticos que dieron origen a la implementación escalonada en tanto que ese día el sistema penal acusatorio quedó por completo incorporado. Luego, la Sala de Casación Penal funda su postura en una disposición cuya vigencia y fundamento fáctico decayeron hace más de 12 años, lo que es contrario al ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 todo presunto delito cometido luego del 1° de enero de 2005 tiene que ser procesado de conformidad con la Ley 906 de 2004.

5.2 CARGO SEGUNDO. LOS ARTÍCULOS CUESTIONADOS, INTERPRETADOS EN LA MANERA SEÑALADA, DESCONOCEN EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL IMPEDIR QUE DELITOS COMETIDOS DESPUÉS DEL 1° DE ENERO DE 2005 SEAN JUZGADOS SEGÚN LAS FORMAS CORRESPONDIENTES

El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, el cual se compone de diferentes garantías. Para efectos del presente cargo, resultan especialmente relevantes el principio de legalidad penal y el principio de respeto por las formas propias de cada juicio. Ambos exigen, entre otros aspectos, que cada delito sea juzgado conforme a leyes preexistentes y vigentes, incluyendo las de procedimiento.

En el caso concreto, lo anterior se traduce en que debe respetarse el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y es que a partir de la primera fecha anotada entró en pleno funcionamiento el sistema penal acusatorio. Empero, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, entendidos en manera que se cuestiona, generan que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005. Ello desconoce los principios antes señalados y, por tanto, el artículo 29 de la Carta Política en los términos que se explican a continuación.

5.2.1 Los principios de legalidad penal y de respeto por las formas propias de cada juicio. Implicaciones en la ley procesal penal aplicable.

El artículo 29 de la Carta Política inicia con la premisa de que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Acto seguido dispone

que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Lo anterior corresponde al principio de legalidad en materia penal.

La Corte Constitucional ha explicado que, en general, el principio de legalidad penal exige al Legislador: (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; (iii) precisar las autoridades competentes; y (iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso¹⁶. La expedición de las normas adjetivas tiene además una estrecha relación con el derecho a ser juzgado según las formas propias de cada juicio, cuyo contenido es el siguiente:

“El debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial.”¹⁷

Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que “*la importancia de estas reglas deviene no solamente del hecho de que ellas incorporan la pretensión de proscripción de la arbitrariedad judicial o administrativa en los procedimientos, sino además la de investir de neutralidad las reglas y el procedimiento judicial o administrativo como medio para la realización, en esos ámbitos, del principio de igualdad*”¹⁸.

En materia penal, las normas procesales cobran aún mayor relevancia porque de su estricta observancia depende no solo la plena garantía del derecho al debido proceso, sino también de otros derechos fundamentales como la libertad de la persona investigada. De ahí que sea necesario preguntarse, ¿cuál es la ley procesal aplicable a los juicios criminales? La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el trámite penal debe adelantarse conforme a las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, las cuales pueden variar en el tiempo, **y no solo de acuerdo con las preexistentes a la comisión del delito**. Veamos.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-140 de 1995. Ver también las sentencias C-798 de 2003, T-1097 de 2005, entre otras.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-340 de 2006.

En la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional explicó de manera amplia y suficiente que las leyes procesales prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir y, en consecuencia, a partir de entonces aplican a los trámites en curso. Lo anterior, debido a que el proceso es una situación continua que no genera derechos adquiridos, por lo que no existe razón alguna para impedir que las nuevas normas adjetivas sean aplicadas de manera inmediata. Dicha regla solo es limitada por el principio de favorabilidad penal y el respeto de los actos procesales surtidos bajo la ley antigua:

“En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.”

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

(...)

*5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, **las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.**”*

La anterior tesis ha sido reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-763 de 2002, SU-516 de 2019, entre otras. Y es en virtud de ella que, por ejemplo, en materia civil (art.

624 de la Ley 1564 de 2012) y contenciosa administrativa (art. 86 de la Ley 2080 de 2021) se ha estipulado que las nuevas disposiciones procesales aplican desde su entrada en vigencia, salvo para aspectos específicos como los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que han iniciado a correr, entre otros.

Sin embargo, en la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional fue aún más allá y resolvió el siguiente interrogante: ¿los juicios criminales deben surtirse únicamente conforme a las reglas procesales preexistentes a la comisión del delito? Frente a esto, precisó que cuando el artículo 29 de la Carta Política se refiere a “*leyes preexistentes*”, alude a las de contenido sustancial y no a las procesales. En consecuencia, las normas adjetivas aplicables a los juicios criminales no se limitan a las vigentes antes de la realización del punible, sino que son todas aquellas que entren a regir mientras el proceso esté en curso:

“7. En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, merece comentario especial la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ y el alcance que dicha expresión tiene en relación con los efectos de las leyes procesales en el tiempo. Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son ‘preexistentes al acto que se le imputa.’”

En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las ‘leyes preexistentes’ a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato.”

En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, según el cual “*la ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.”* (subrayado fuera de texto). Para justificar su decisión, replicó el argumento contenido en la sentencia C-619 de 2001, previamente transcrito. En sus palabras:

“A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia [C-619 de 2001] puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos

adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.

En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.

Así las cosas, en la medida en que la regla general anotada no desconoce derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 58 C.P.), el texto del artículo 40 de la ley 153 de 1887 que así la establece, se ajusta a la Constitución. Obviamente en la aplicación de la norma deberá respetarse el principio de favorabilidad penal (artículo 29 C.P.).” (Subrayado fuera de texto)

De lo expuesto por la Corte Constitucional se concluye que: (i) en virtud del principio de legalidad, toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme a las formas propias de cada juicio; (ii) la ley adjetiva aplicable a un proceso puede variar durante el transcurso de este, y será la nueva legislación la que lo continúe guiando; (iii) la anterior regla aplica incluso para los procesos penales, toda vez que la expresión “leyes preexistentes” contenida en el artículo 29 de la Constitución se refiere únicamente a aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas; y (iv) en consecuencia, no es constitucionalmente admisible alegar que un juicio criminal se tiene que adelantar solo conforme a la ley adjetiva existente antes de la comisión del delito, puesto que el proceso se debe seguir de acuerdo con todas aquellas que entren a regir mientras esté en curso.

5.2.2 Los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera advertida, vulneran los principios de legalidad penal y respeto por las formas propias de cada juicio (art. 29 CP) al permitir la aplicación del sistema penal inquisitivo, plenamente derogado desde el 31 de diciembre de 2008.

En términos de procedimiento penal, y para efectos de la presente demanda, son relevantes dos normas, a saber:

(i) El Acto Legislativo 03 de 2002, cuyo artículo 5° dispuso que el sistema penal acusatorio entraría en vigencia cuando así lo determinara la ley. También señaló que aquel debía estar en plena vigencia para el 31 de diciembre de 2008.

(ii) La Ley 906 de 2004, que en su artículo 533 previó que el sistema introducido por la reforma penal es aplicable a todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005.

En ese orden de ideas, para el asunto que nos concierne, el cumplimiento del principio de legalidad -y en concreto la observancia de las formas propias de cada juicio- exige que **todo punible ejecutado después del 1° de enero de 2005 tiene que ser investigado y juzgado según las normas propias del sistema penal acusatorio.** Ahora, para efectos del régimen procesal aplicable, ¿tiene relevancia el hecho de que haya sido cometido cuando aún no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial correspondiente? En lo absoluto. Y justo aquí es donde no solo yerra la interpretación de la Sala de Casación Penal en torno a los artículos demandados, sino que también demuestra su carácter de inconstitucional. Existen dos argumentos que sustentan lo anterior.

Primero. El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que el nuevo modelo debía entrar en vigencia cuando así lo determinara la ley. En cumplimiento de ello, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 previó que el procedimiento acusatorio sería aplicable a todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, salvo aquellos ejecutados por los congresistas (lo que se examina en el cargo final).

Claro, la gradualidad de que trata el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 también supuso una excepción a la regla antes señalada, **pero fue temporal y por razones logísticas, administrativas, operativas y técnicas.** Y es que cuando finalizó el periodo de transición, se superaron los motivos logísticos y se implementó el modelo penal acusatorio (31 de diciembre de 2008), también desapareció por completo la excepción de la gradualidad. De ahí que no es constitucionalmente admisible que por la vía hermenéutica se dé continuidad al régimen de transición y se le convierta en

permanente, régimen que decayó en el momento que se superaron los plazos señalados en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004.

Lo que justamente se reprocha es que la jurisdicción ordinaria penal, por la vía interpretativa, ha mantenido vigente esta última excepción cuando lo cierto es que la gradualidad terminó desde el 31 de diciembre de 2008 (es decir, hace más de 12 años) y las razones que le dieron origen también desaparecieron desde esa fecha. Y de esa manera ha sostenido que si el hecho delictivo ocurrió después del 1° de enero de 2005 en un Distrito Judicial que para entonces no había implementado la Ley 906 de 2004, aquel debe ser investigado y juzgado bajo las reglas del modelo inquisitivo. Lo anterior, a pesar de que ha transcurrido más de una década desde que el sistema introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 entró en plena vigencia en todo el territorio nacional. De esa forma, además, se le da a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004 un alcance que no poseen y que es constitucionalmente inadmisibles.

Se trata entonces de una tesis que desconoce: (i) la aplicación limitada en el tiempo de la implementación escalonada del sistema penal acusatorio, y por tanto la desaparición de la excepción basada en la gradualidad; (ii) la regla general de aplicación prevista en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal de 2004, consistente en que todo delito ejecutado después del 1° de enero de 2005 tiene que investigarse y juzgarse bajo las normas del sistema penal acusatorio; y (iii) que la persecución penal ha iniciado cuando la Ley 906 de 2004 se encuentra plenamente implementada, de modo que no resulta jurídicamente relevante que para la época de los hechos no lo estuviera en tanto que al comienzo del proceso ya existían (existen) las herramientas para tramitarlo bajo el nuevo modelo de juzgamiento.

Segundo. Tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces penales (incluyendo la Sala de Casación Penal) argumentan que dependiendo de la fecha y el lugar, procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008 con ocasión de delitos realizados luego del 1° de enero de 2005 deben adelantarse de conformidad con la Ley 600 de 2000 por ser la aplicable al momento de los hechos. Lo anterior, en virtud del artículo 530 de la Ley 906 de 2004, que previó la implementación escalonada del sistema penal acusatorio por grupos de Distritos Judiciales. Fíjese entonces que se trata de una postura basada en criterios temporales y territoriales.

Empero, dicha justificación desconoce que en las sentencias C-619 de 2001 y C-200 de 2002 la Corte Constitucional precisó el alcance de la expresión “*leyes preexistentes*”, contenida en el artículo 29 Superior. Al respecto, señaló que ella se refiere únicamente a las normas sustanciales en materia penal (las que definen los delitos y sus penas), mas no a las de contenido procesal. Luego, los procesos penales deben adelantarse conforme a las disposiciones adjetivas que el Congreso expida durante el tiempo que estén en curso. En ese orden de ideas, **es constitucionalmente inadmisibles**

argumentar que un juicio criminal debe adelantarse únicamente bajo la ley procesal vigente antes de la comisión del delito, ignorando cualquier cambio posterior de legislación adjetiva. Lo ajustado a la Carta Política, según la propia jurisprudencia constitucional, es que se ciña a la regulación que para el efecto expida el Legislador en el periodo que dure el proceso.

De ahí se sigue que la hermenéutica en cuestión es por completo errada e inconstitucional. De un lado, porque contraría el significado dado por la jurisprudencia constitucional a la locución “*leyes preexistentes*” en el ámbito penal (art. 29 CP), que torna irrelevante los criterios temporal y territorial que utilizan las autoridades judiciales para determinar la norma procesal aplicable al juicio criminal. Como se ha anotado, no tiene cabida preguntarse cuándo o dónde se cometió el punible, sino cuál legislación procesal está vigente en cada una de las etapas de la persecución penal. La respuesta es clara para los procesos iniciados luego del 31 de diciembre de 2008 por delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005: las normas adjetivas vigentes corresponden a la Ley 906 de 2004. Punto.

Del otro lado, la interpretación acusada yerra porque mediante ella se da aplicación a un modelo de persecución criminal que decayó en todo el territorio nacional a partir del 31 de diciembre de 2008, en detrimento del sistema penal acusatorio que ha imperado de manera plena desde entonces. En otras palabras, para investigar y juzgar delitos cometidos del 1º de enero de 2005 en adelante, la Fiscalía y la jurisdicción ordinaria penal se han decantado por la aplicación de una regulación derogada (Ley 600 de 2000) en lugar de la que está vigente y plenamente implementada desde el 31 de diciembre de 2008 (Ley 906 de 2004). Ello desconoce la regla sentada por la Corte Constitucional según la cual el juicio criminal debe adelantarse siguiendo las normas procesales vigentes a lo largo de su duración, que no únicamente conforme a las preexistentes a la comisión del delito.

De modo que los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, leídos bajo la óptica de la Sala de Casación Penal, vulneran el principio de legalidad en materia penal y el derecho de toda persona a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio (29 CP). Esto se debe a que por esa vía se permite que después del 31 de diciembre de 2008 conductas punibles cometidas con posterioridad al 1º de enero de 2005 sean investigadas y sancionadas de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000, cuando tienen que serlo a partir de la regulación de la Ley 906 de 2004 por las razones ya expuestas.

Es entonces necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido que con posterioridad al 31 de diciembre de 2008, todo delito ejecutado después del 1º de

enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado con plena observancia de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004.

5.3 CARGO TERCERO. LOS ARTÍCULOS ACUSADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 29, 250 Y 299 DE LA CONSTITUCIÓN, EL ARTÍCULO 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL ARTÍCULO 14 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS PORQUE VULNERAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y ELIMINAN LA GARANTÍA DE JUEZ NATURAL, RELACIONADA CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El derecho al juez natural, en asocio con el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, supone que todo proceso debe ser conocido por la autoridad judicial que la ley ha dispuesto para el efecto. En materia penal, ello significa que los punibles ejecutados después del 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos al juez de control de garantías (figura que solo existe en el sistema penal acusatorio) y al juez de conocimiento. No obstante, comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es lo que las normas superiores exigen. A continuación, explicamos en detalle lo antes reseñado.

5.3.1 El derecho al juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP).

El artículo 29 de la Carta Política dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada por “juez o tribunal competente”, garantía conocida como “juez natural”. La misma garantía está prevista en tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 CP). Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° dispone:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 consagra:

“Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y **con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley**, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El juez natural es entendido como “el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley”¹⁹. Y cuando se refiere a quien tiene la competencia para ejercer jurisdicción, no se limita únicamente a quien puede adoptar la decisión final, sino también a la persona encargada de instruir el proceso. En palabras de la Corte Constitucional:

“17. En cuanto al contenido mismo del derecho al juez natural, éste pareciera permitir dos interpretaciones. Una primera, según la cual, la garantía consiste en que el asunto sea juzgado por el juez competente, es decir, que la decisión de fondo sobre el asunto planteado sea adoptada por quien recibió esta atribución del legislador. En esta interpretación, el derecho garantizado es que el juez competente profiera la sentencia ‘esto es, que **la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan**’ (negrillas no originales). Esta interpretación, adoptada en ocasiones por esta Corte, pareciera resultar del tenor literal del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual: ‘Nadie podrá ser **juzgado** sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente** y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ (negrillas no originales): inciso 2 del artículo 29 de la Constitución.

18. Una segunda interpretación consiste en que el derecho al juez natural implica que sea el juez competente no sólo quien decide el asunto, sino quien instruye el proceso. En este sentido, ‘El derecho al juez natural, es la garantía de ser juzgado por el juez **legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión** de fondo respectiva’ (negrillas no originales). Esta segunda interpretación resulta concordante con

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014.

el tenor literal de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que el demandante consideran vulnerados en el caso bajo examen. Así, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: ‘1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá **derecho a ser oída** públicamente y con las debidas garantías por un **tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido por la ley**, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)’ (negritas no originales) y, de manera coincidente, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: ‘1. Toda persona tiene **derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, **establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’ (negritas no originales).”²⁰

La garantía del juez natural también tiene estrecha relación con el principio de legalidad en materia penal y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Frente al principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP), la Corte Constitucional ha explicado que está compuesto por una serie de garantías entre la que destaca el “*Nemo iudex sine lege*”, que traduce que toda persona tiene que ser juzgada por un juez legalmente prestablecido. En palabras de la Corporación:

“5. Frente al punto el artículo 29 de la Constitución resulta claro y expreso: Nadie podrá ser juzgado sino frente a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

*Del principio de legalidad se infiere que los límites impuestos al legislador por parte del constituyente hacen referencia a un contenido material de las garantías fundamentales que deben respetarse para poder legítimamente aplicar sanciones: **Nullum crimen sine lege** No existe delito sin ley, **Nulla poena sine praevia lege** no existe pena sin ley previa, **Nemo iudex sine lege** la persona sólo puede ser juzgada por sus actos por el juez previamente establecido y **Nemo damnetur nisi per legale indicum** nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal, con el pleno respeto de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa, la controversia probatoria, la asistencia técnica y a las formas propias del juicio.”²¹ (Subrayado fuera de texto).*

De ahí que “para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 2016.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001. Reiterada en las sentencias C-301 de 2011, C-297 de 2016, SU-373 de 2019, entre otras.

competente para investigar y sancionar esas conductas²². Lo anterior pone de presente la importancia de que la persona cuente con una autoridad judicial previamente señalada en la ley que conozca de la causa seguida en su contra, así como la necesidad de que ella sepa quién es. Y es ese funcionario judicial, y no otro, quien debe adelantar la instrucción y el juzgamiento de la conducta (juez natural). Finalmente, es preciso señalar que *“una vez asignada debidamente la competencia [a ciertos jueces] para conocer un caso específico, no [se] les [puede revocar] el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una determinada institución*²³. Luego, el respeto por el juez natural también implica no separar a la autoridad judicial del conocimiento de un caso sin que medie un motivo válido.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), la Corte Constitucional ha sostenido que comprende, entre otros aspectos, *“(i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados*²⁴. Pero no es que esta garantía pueda ser satisfecha por cualquier autoridad judicial, sino solo el juez natural del proceso. En palabras de la Corte Constitucional: *“es claro que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una decisión por parte del juez natural dentro del proceso penal”*²⁵ (subrayado fuera de texto).

De manera que garantizar el derecho constitucional y convencional a tener un juez competente aparece proteger otros principios superiores y derechos fundamentales que cobran especial relevancia en el marco de los procesos penales.

5.3.2 El juez de control de garantías como nueva autoridad judicial competente (juez natural) en el sistema penal acusatorio.

De manera tradicional, bajo el sistema inquisitivo siempre existió el juez de conocimiento cuya función principal era (es) dictar sentencia absolutoria o condenatoria, evento último en el que además se impone la pena a cumplir. Este funcionario ha continuado vigente en el modelo acusatorio, pero ya no es la única autoridad judicial que existe. Ahora también contamos con la presencia del juez de control de garantías como un actor protagónico en el marco de la Ley 906 de 2004.

²² Corte Constitucional, sentencia C-843 de 1999. Reiterada en las sentencias C-200 de 2002, C-444 de 2011, SU-373 de 2019, entre otras.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2015.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-283 de 2013. Reiterada en las sentencias T-443 de 2013, T-687 de 2015, entre otras.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014.

El juez de control de garantías halla origen en el Acto Legislativo 03 de 2002 y tiene a su cargo la adopción de importantes decisiones tendientes a proteger los derechos fundamentales de las partes, en especial el investigado, por ejemplo: (i) emitir órdenes de captura; (ii) imponer medidas de aseguramiento privativas o no privativas de la libertad; (iii) realizar control posterior de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones adelantados por la Fiscalía General de la Nación; y (iv) en general, autorizar cualquier medida que signifique afectación de derechos fundamentales.

Algunas de las funciones enunciadas fueron consignadas en el artículo 250 de la Constitución, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. En realidad, tal norma corresponde a la competencias de la Fiscalía General de la Nación, pero de su lectura se desprenden las atribuciones del juez de control de garantías:

***Artículo 250.** La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. *Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*
4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*
5. *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*
6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*
7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*
8. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*
9. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.” (Subrayado fuera de texto).

Esta configuración normativa no es fortuita, sino que responde al querer del Constituyente derivado: retirarle a la Fiscalía General de la Nación las funciones que le permitían adoptar medidas que afectarían los derechos fundamentales de las personas, **especialmente las potestad de imponer medida de aseguramiento** de manera autónoma (sin previa orden judicial). Para el Constituyente, lo anterior era necesario en aras de dotar al proceso penal de imparcialidad (garantía relacionada con el derecho al juez natural) y cumplir los estándares internacionales de derechos humanos. Así quedó consignado en la exposición de motivos de la reforma constitucional:

“1. JUSTIFICACION DE LA REFORMA: LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACION DE UN SISTEMA DE CORTE ACUSATORIO

Así, la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal.

Por ello, **se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados**, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal.

(...)

Con fundamento en los artículos 93 y 94 superiores, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del 'Bloque de Constitucionalidad', por virtud de la cual, todos los tratados ratificados o no por Colombia, siempre que versen sobre Derechos Humanos, y no permitan su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados a la Constitución.

Entre estos derechos que se incorporan a la Constitución, se encuentra el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Conforme a lo expuesto, este mandato de imparcialidad del juzgador está integrado a la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional que reclama cumplimiento.

En nuestro sistema, cuando el fiscal decreta, practica y valora una prueba, cuando profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra.

La imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar las libertades del procesado.

(...)

A) IMPOSICION DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PREVIA AUTORIZACION DEL JUEZ

La distintas reformas han sido uniformes al establecer dentro del funcionamiento y estructuración de su política criminal el rol de un fiscal orientador de la investigación, despojando de la función judicial de imponer la medida de aseguramiento, con la finalidad de permitirle elaborar mejor su trabajo de investigador y dejar en manos del juez la toma de decisión sobre la limitación de derechos fundamentales. Por estas consideraciones, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes.

En este orden de ideas, **la exigencia de una orden judicial no persigue satisfacer un requisito formal relativo a que a la persona le muestren un papel que ordene su detención.** Esta aclaración es pertinente porque la Honorable Corte Constitucional ha entendido que la orden escrita condiciona la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental. Sin embargo, es necesario que el sistema de procesamiento criminal que nos rija, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable '(...) que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió'.

Esta posición refuerza la necesidad de que sea un funcionario imparcial quien evalúe la razonabilidad de emitir una orden para imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento a un ciudadano envuelto en una investigación. La exigencia constitucional de una orden judicial encuentra su sentido en que el funcionario que está investigando, difícilmente puede determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados. Así se desarrolla mejor la garantía constitucional, en la medida en que se dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. **Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal.**

En este sentido, establecer que el juez decida si es justificada o no la imposición de la medida de aseguramiento, dota de contenido material la garantía del derecho a la libertad.²⁶ (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En cuanto a la importancia de esta autoridad judicial para la protección de las garantías básicas de la persona investigada, la Corte Constitucional ha señalado:

“De ahí que, para este Tribunal, desde la perspectiva estrictamente constitucional, la principal tarea asignada a este funcionario judicial, al efectuar cada uno de estos controles, indistintamente de si se trata de uno previo o posterior, estriba ‘en ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos garantizados por la Constitución Política, y en tal sentido, acordarle a las autoridades competentes los medios efectivos para verificar las sospechas, buscar la verdad de los hechos y acopiar el material probatorio necesario para encausar a un ciudadano; los derechos y garantías constitucionales consagrados a favor de la persona procesada; al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.’ Examen que no solo debe recaer sobre la simple adecuación a la ley de las medidas de intervención en el ejercicio de prerrogativas iusfundamentales (aspecto formal), sino que ha de proyectarse en torno a su proporcionalidad (aspecto material), lo que es tanto como establecer, i) si la respectiva medida es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente

²⁶ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 134 de 2002.

legítimo; ii) si es necesaria por ser la más benigna o menos lesiva entre otras posibles para alcanzar el fin; y iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

6.5. Ese papel de garante de los derechos fundamentales que cumple el juez de control de garantías en el sistema de investigación penal vigente, según se ha precisado en la jurisprudencia constitucional, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en función de que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación colisionan con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales, únicamente, pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

*Se trata, pues, de una clara vinculación de la investigación a la garantía y eficacia irradiante de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen, a su turno, como límites propios de la investigación.*²⁷ (Subrayado fuera de texto).

Por último, no sobra recordar que el juez de conocimiento es el encargado de instruir el proceso penal a partir de la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación y fallarlo de fondo.

5.3.3 Las normas demandadas, leídas bajo la hermenéutica que se cuestiona, impiden la intervención del juez de control de garantías en procesos iniciados después del 31 de diciembre de 2008.

El presente cargo requiere absolver el siguiente interrogante: ¿cuál es el juez natural de los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, cuando entró en vigencia el sistema penal acusatorio?. La respuesta es que, de acuerdo con la regulación prevista en el artículo 250 Superior y en la Ley 906 de 2004, son dos: el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Y es que desde esa fecha está vigente el modelo acusatorio, aspecto diferente es que su implementación se haya dado de manera escalonada.

En ese orden de ideas, al menos después del 31 de diciembre de 2008 -se insiste, cuando el nuevo modelo se implementó por completo-, todo delito cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005 debe ser instruido y decidido por (i) un juez de control de garantías y (ii) un juez de conocimiento, en la medida que el sistema penal acusatorio entró en vigencia desde entonces. De lo contrario, el proceso habrá sido llevado con desconocimiento del derecho al juez natural.

Los artículos demandados, interpretados de conformidad con la tesis desarrollada por la Sala de Casación Penal, anulan el derecho al juez natural porque: (i) impiden el

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2018.

acceso de las partes del proceso penal al juez de control de garantías y (ii) impiden que actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación sean sometidas a revisión del juez de control de garantías. Es allí donde las disposiciones acusadas devienen en inconstitucionales.

En efecto, la hermenéutica que se cuestiona dicta que por virtud de la gradualidad en la implementación del sistema penal acusatorio, algunos punibles realizados luego del 1º de enero de 2005 deben ser investigados, instruidos y juzgados de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000. Es decir, algunas personas son sometidas a procesos penales bajo un esquema inquisitivo con fundamento en disposiciones pensadas para solucionar problemas logísticos que desde el 31 de diciembre de 2008 no existen. En general, adelantar juicios criminales en el marco de un sistema derogado no es constitucionalmente admisible, pero para el presente cargo hay un asunto de mayor trascendencia: la Ley 600 de 2000 NO contempla la figura del juez de control de garantías dado que fue introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002.

Lo anterior significa que delitos cometidos dentro del periodo de vigencia de la Ley 906 de 2004, e iniciados a perseguir después de su implementación completa, no son sometidos al conocimiento del juez de control de garantías.

En consecuencia:

(i) La persona que presuntamente cometió un delito puede ser capturada por orden de la Fiscalía General de la Nación, sin que medie la revisión de un juez de control de garantías, como corresponde en aplicación de la Ley 906 de 2004.

(ii) El presunto delincuente puede ser objeto una medida de aseguramiento impuesta por el Fiscal del caso, de modo que puede ser privada de su libertad sin que medie la decisión de un juez de la República. Aunque la medida de aseguramiento es susceptible de ser revisada mediante control de legalidad, este último no suspende el cumplimiento del acto cuestionado y solo procede por causales restringidas, de modo que la decisión no puede ser atacada en forma integral. En cambio, de aplicarse el sistema penal acusatorio -como debe ser-, la medida de aseguramiento sería avalada o no por el juez de control de garantías y la determinación es pasible de recursos que permiten discutirla ampliamente.

(iii) Las comunicaciones de la persona investigada pueden ser interceptadas y su vivienda allanada con la sola orden del Fiscal que adelanta el proceso. Tal decisión no tiene que ser sometida a control judicial, contrario a lo que sucedería si se aplicara la legislación que en efecto corresponde (Ley 906 de 2004).

(iv) En general, la persona puede ser objeto de decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten sus derechos fundamentales sin que aquellas tengan un control judicial efectivo y obligatorio. En cambio, de tramitarse la causa bajo el sistema penal acusatorio, que es lo que legalmente procede, sí se realizaría dicha revisión a través del juez de control de garantías.

(v) El fiscal es juez y parte durante la instrucción. Esto no solo sucede cuando la Fiscalía es la encargada de adelantar la actuación, sino también en los casos que involucran congresistas. En esos eventos, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia actúa como juez y parte en la etapa anotada. Como se señala al comienzo de esta demanda recordando las palabras de Radbruch, “*el que tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado*”.

De manera que eliminar la revisión de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación por parte del juez de control de garantías supone, *per se*, una gravísima desprotección para los derechos fundamentales de la persona afectada por tales decisiones en tanto queda sujeto a la discrecionalidad del ente acusador y de sus agentes. Y aunque pueda solicitarse su examen judicial por la vía del control de legalidad, se trata de un análisis altamente limitado y que por tanto afecta el derecho a la defensa del investigado.

Es aún más grave que teniendo derecho a que el juez de control de garantías se pronuncie sobre una medida, porque el delito fue cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005, al investigado se le prive de esta garantía por una interpretación que se fundamenta en disposiciones transitorias y en razones técnicas que desaparecieron hace más de 12 años (31 de diciembre de 2008). Lo anterior es la manifestación del abierto desconocimiento del derecho al juez natural advertido (art. 29 CP).

También es imperioso advertir que hoy en día la Fiscalía no tiene ninguna de las competencias previamente señaladas, pues no corresponden al artículo 250 actual de la Constitución, sino a su versión original (derogada en este punto hace casi 20 años). Pero a pesar de ello, la hermenéutica en cuestión ha dado ultractividad a las extintas atribuciones de la entidad y ha garantizado su pleno ejercicio. Tales funciones incluyen, por supuesto, la relativa a imponer medida de aseguramiento sin orden judicial a personas cuyos casos deberían ser juzgados bajo el modelo penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004) -y que por tanto solo podrían ser privadas de su libertad a través de resolución judicial-.

En cuanto a este último punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha explicado que las medidas de aseguramiento no pueden ser impuestas por los fiscales en tanto no son autoridades judiciales, lo que evidencia -una vez más- que lo demandado desconoce el derecho constitucional y convencional al juez natural:

“175. En cuanto a la autoridad competente para decretar o decidir la aplicación de la prisión preventiva, la Comisión entiende que el sentido del artículo 7.5 de la Convención es de establecer que la misma sea necesariamente una autoridad judicial debido a que el juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez. Además, al igual que en el caso del control judicial inmediato del acto de la detención (arresto o aprehensión), esta autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención. La naturaleza de la autoridad que ordena la detención se determina fundamentalmente atendiendo a atribuciones y competencias que le corresponden de acuerdo con el ordenamiento constitucional.

176. En este sentido, el HRC [Comité de Derechos Humanos de la ONU] ha establecido consistentemente que los fiscales no son autoridades idóneas para decretar la detención preventiva, toda vez que no se puede considerar, salvo que el Estado demuestre lo contrario, que éstos posean la objetividad e imparcialidad necesaria para ser considerados como ‘funcionario[s] autorizado[s] por la ley para ejercer funciones judiciales’, en los términos del artículo 9(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, la responsabilidad de imponer la prisión preventiva, de autorizar su continuación y de imponer medidas alternativas debe ser asumida por una autoridad judicial.”²⁸ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por si la infracción del derecho al juez natural no bastara, todo lo anterior también apareja la violación del principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP) ya que el funcionario judicial que la ley ha predeterminado para que se pronuncie sobre el caso es apartado de su conocimiento sin justificación válida alguna. Asimismo, envuelve la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP) porque impide que el investigado e incluso las víctimas acudan ante el juez de control de garantías para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, como debe suceder en cumplimiento de la Ley 906 de 2004.

De ahí la necesidad de que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas o, en su defecto, las declare executable bajo el entendido de que todo delito ejecutado después del 1º de enero de 2005 tiene que ser procesado bajo los postulados del sistema penal acusatorio. En caso contrario, se permitirá que personas que por expresa disposición de la Carta Política y de la Ley 906 de 2004 tienen derecho a acceder al juez de control de garantías continúen siendo privados de tal posibilidad.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la privación preventiva en las Américas*, 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

5.4 CARGO CUARTO. LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS, INTERPRETADOS COMO SE HA EXPLICADO, DESCONOCEN LOS ARTÍCULOS 1° Y 13 DE LA CARTA POLÍTICA POR PERMITIR QUE CRITERIOS QUE DIFERENCIAN EN RAZÓN DEL TERRITORIO SIGAN SIENDO APLICADOS AUN CUANDO YA DESAPARECIERON

El régimen de transición previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 permitía que delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 fueran juzgados por el modelo inquisitivo o el sistema penal acusatorio dependiendo de la fecha y el lugar de su comisión. Dicho régimen de transición desapareció el 31 de diciembre de 2008, lo que de suyo implica que desde entonces no es posible realizar la diferenciación advertida, sino que todo punible ejecutado luego del 1° de enero de 2005 debe investigarse y juzgarse con arreglo a la Ley 906 de 2004.

Empero, los artículos demandados, entendidos en la manera que lo ha hecho la Sala de Casación Penal, permiten que hoy en día se continúe acudiendo a los factores de territorio y gradualidad para determinar la ley procesal aplicable a los hechos delictivos realizados a partir del 1° de enero de 2005. De modo que por esa vía se sigue generando una diferenciación en cuanto a la legislación que guía la persecución penal, que ahora sustenta en criterios desuetos. Es decir, se trata de una desigualdad de trato injustificada, que por demás desconoce el principio de Estado unitario. Veamos.

El derecho a la igualdad ha sido considerado como un principio que ocupa un lugar cardinal dentro del ordenamiento jurídico colombiano en tanto que entraña una amplísima multiplicidad de dimensiones²⁹. De antaño la Corte Constitucional ha explicado que la igualdad exige, entre otros aspectos, “[dar] *el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis*”³⁰. En ese orden de ideas, el trato diferenciado entre situaciones fácticas iguales o el trato igual para situaciones fácticas distintas es constitucionalmente inadmisibles a menos de que exista una justificación razonable:

*“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes.”*³¹

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2010.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-094 de 1993. Ver también las sentencias C-345 de 1993, C-320 de 1994, C-1376 de 2000, C-104 de 2016, C-006 de 2018, C-138 de 2019, entre otras.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-526 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.

En otras oportunidades, pero siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.”³²

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que un trato diferenciado puede estar debidamente justificado en ciertas razones fácticas, pero puede que después desaparezca el motivo que permitía sustentar la desigualdad. En ese caso, lo que antes era admisible a la luz de la Constitución luego se torna en jurídicamente reprochable por desconocer el mandato del artículo 13 Superior y los alcances en torno a él que la jurisprudencia ha fijado.

Descendiendo al caso concreto tenemos que el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 empezó a regir el 1º de enero de 2005 en todo el territorio nacional. No obstante, el Legislador determinó que por razones metodológicas el nuevo modelo debía implementarse progresivamente en los Distritos Judiciales del país. Esta fórmula de suyo significó tratos diferentes entre las personas en relación con la ley procesal penal aplicable a su causa dependiendo del lugar en el que hubieran cometido el delito. Así, los investigados por un punible realizado en el primer grupo de Distritos Judiciales fueron sometidos al sistema penal acusatorio desde el mismo 1º de enero de 2005, mientras que los de los grupos subsiguientes debieron esperar hasta que el nuevo modelo entrara a operar en la jurisdicción correspondiente.

Para ejemplificar: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambas deben ser procesadas bajo las reglas del sistema penal acusatorio. Sin embargo, una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y como quiera que para la época de los hechos no se había implementado la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Cali, quien ejecutó el delito allí será investigada y juzgada con arreglo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000.

En la sentencia C-801 de 2005 la Corte Constitucional examinó si dicho trato desigual desconocía o no los artículos 1º y 13 Superiores y la respuesta fue negativa. En esencia, explicó que el Constituyente derivado y el Legislador previeron la implementación gradual del sistema penal acusatorio debido a las dificultades técnicas y logísticas

³² Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1992. Reiterada en las sentencias C-229 de 2011, C-934 de 2013, entre otras.

propias del cambio de modelo, por lo que era apenas natural la diferencia de aplicación de la ley procesal penal dependiendo del Distrito Judicial:

“7. El actor argumenta que el precepto demandado contraría los artículos 13 y 29 superior. No obstante, aquél no sólo pierde de vista que fue el mismo constituyente el que habilitó al legislador a determinar la gradualidad con la que debía aplicarse ese sistema, sino que, además, tal desarrollo legal no vulnera ni el derecho de igualdad ni el principio de favorabilidad como contenido del derecho fundamental al debido proceso. La norma demandada no vulnera el artículo 13 superior porque el mandato de no discriminación en la formulación del derecho no se opone a que el mismo constituyente tome la decisión política de darle aplicación progresiva a un nuevo sistema de procedimiento penal, mucho más si esa progresividad es coherente con el esfuerzo institucional que implica darle aplicación a un sistema de esa índole en la medida en que plantea unos frentes de atención que demandan grandes esfuerzos institucionales. Desde luego que para la Corte es claro que el principio de igualdad y el vigor y aplicación plenos del nuevo sistema resultan inexcusables en cada uno de los Territorios o Distritos Judiciales en los que ese sistema ya opera, en desarrollo de la norma demandada.” (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, llegado el 31 de diciembre de 2008, todos y cada uno los Distritos Judiciales del país habían implementado el sistema penal acusatorio, a la vez que se habían superaron los problemas técnicos que motivaron el régimen de aplicación progresiva de aquel modelo procesal. Es decir, **desde esa fecha desaparecieron las razones que justificaban la aplicación diferenciada de la ley procesal penal según el lugar donde su hubiera cometido el delito** (misma razón por la que la sentencia C-801 de 2005 no configura cosa juzgada respecto a la violación del derecho a la igualdad que aquí se plantea)³³. Ello significa que la desigualdad de trato que un momento fue ajustada a la Carta Política, el 31 de diciembre de 2008 devino contraria a ella porque en ese momento dejó de existir el principio de razón suficiente que la sustentaba.

Visto lo anterior cabe preguntarse, ¿qué efectos tuvo la plena vigencia del nuevo modelo?. La respuesta es que desde el 31 de diciembre de 2008, todo punible cometido después del 1º de enero de 2005 tiene que ser investigado, instruido y juzgado bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004, sin importar la gradualidad de la implementación de esta última a lo largo del territorio nacional por cuanto ya finalizó.

³³ La cosa juzgada no se configura cuando han variado los parámetros de control constitucional (sentencia C-039 de 2021). Cuando la Corte Constitucional examinó la norma en cuestión, aún no había terminado la implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, lo que sirvió de sustento para declararla ajustada a la Carta Política. Pero ahora el sistema penal acusatorio está plenamente implementado, de modo que se habilita una nueva revisión en tanto los parámetros de control fueron modificados.

Retomemos el ejemplo antes señalado para materializar lo anterior: dos personas cometen homicidio doloso el 6 de agosto de 2005, por lo que, en principio, ambos deben ser procesados bajo las reglas del sistema penal acusatorio. La diferencia radica en que una de ellas lo realiza en Bogotá, mientras que la otra en Cali. Y aunque para la época de los hechos aún no había sido implementado el sistema penal acusatorio en el Distrito Judicial de Cali, lo cierto es que para el 31 de diciembre de 2008 el nuevo modelo ya había entrado en plena aplicación en dicha jurisdicción (y en todo el país). Por esa razón, lo procedente es investigar y juzgar a ambas personas con arreglo a los postulados del modelo introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002.

No obstante, los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, interpretados en la manera que se cuestiona, conllevan a que en la actualidad se continúe decidiendo si un delito cometido después del 1º de enero de 2005 debe ser juzgado conforme a la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004 a partir de los criterios territorial y de gradualidad. Es decir, se sigue dando aplicación al régimen de transición basado en la aplicación progresiva del sistema penal acusatorio a lo largo del territorio nacional, a pesar de que desde el 31 de diciembre de 2008 no existe ninguna diferencia entre los grupos de Distritos Judiciales organizados por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, pues desde entonces todos implementaron el nuevo modelo a plenitud.

En términos de igualdad, el problema de constitucionalidad radica en que desde el 31 de diciembre de 2008 todas las personas que hayan cometido delitos después del 1º de enero de 2005 tienen derecho a ser juzgadas bajo los lineamientos del sistema penal acusatorio, independientemente del Distrito Judicial en el que hayan ejecutado el presunto delito.

En síntesis, las disposiciones demandadas, entendidas en la manera que se ha explicado, generan que dos personas que cometieron un delito el mismo día sean juzgados conforme a una u otra la ley procesal penal (aplicación diferencial de la legislación) dependiendo de los factores territorial y de gradualidad, a pesar de que ambos criterios de distinción carecen de fundamento fáctico y jurídico desde el 31 de diciembre de 2008, es decir, ya desaparecieron.

La injustificada diferencia de trato en razón del territorio también infringe el principio de Estado unitario (art. 1º CP). En efecto, en un modelo de Estado unitario existe “uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional, antes que una pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo Estado, característica que es propia del federalismo”³⁴ y también “una administración de justicia común”³⁵. Los anteriores

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 4 de mayo de 2005. MP. Marina Pulido de Barón, rad. 23567.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2001. Ver también la sentencia C-284 de 1997.

mandatos fueron “*exceptuados*”, por decirlo de algún modo, durante el periodo de implementación del Acto Legislativo 03 de 2002, porque si bien la reforma empezó a regir de manera uniforme en todo el territorio nacional, su aplicación fue escalonada por Distritos Judiciales que responden a factores geográficos. Ello hacía que, en la práctica, a lo largo del país se adelantaran procesos penales bajo leyes distintas (como si fuésemos un Estado federal).

Culminada con éxito la implementación del sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional, y en atención a la fórmula del Estado unitario, era necesario que todo delito cometido después del 1° de enero de 2005 se investigara y juzgara conforme a la Ley 906 de 2004. Solo de esa manera se podría predicar uniformidad de la ley y una administración de justicia común en estricto sentido, máxime cuando dejaron de existir razones constitucionalmente admisibles para diferenciar la aplicación de la ley en atención al lugar de comisión del delito. No obstante, los artículos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, perpetúa la aplicación de la *fórmula* vigente entre los años 2005 y 2008 sin justificación alguna. De ahí que rompa con el artículo 1° Superior.

Para restablecer el derecho a la igualdad y el principio de Estado unitario, quebrantados en la forma como se expuso, es imperioso que la Corte Constitucional declare inexecutable las normas acusas o, en subsidio, las declare executable en el entendido de que después del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar en Colombia a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1° de enero de 2005.

5.5 CARGO QUINTO. EL ARTÍCULO 533 DE LA LEY 906 DE 2004 PREVÉ UNA EXCEPCIÓN NO AVALADA POR EL ARTÍCULO 5° DEL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002, DESCONOCE LOS ELEMENTOS MÍNIMOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO (ART. 2°, ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002), EXCEDE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA EN MATERIA PROCESAL (ART. 150-2 CP) Y NO CORRESPONDE AL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL.

El quinto y último cargo de inconstitucionalidad se deslinda de los previamente desarrollados porque no se dirige contra la interpretación judicial realizada respecto de los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004. Antes bien, únicamente reprocha el apartado final de este último artículo, en virtud del cual “***los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000***”.

En este cargo se cuestiona que el artículo 533 de la Ley 906 de 2006 dispone que los delitos cometidos por los congresistas serán investigados y juzgados conforme a las reglas del modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000), que no del sistema penal acusatorio. Dicha norma vulnera el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que en ningún momento previó que algunas personas -por razón de sus calidades, de los cargos ostentados o cualquier otro motivo- serían exceptuadas de la investigación y juzgamiento conforme al sistema penal acusatorio, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior también apareja la infracción del artículo 150-2 de la Carta Política, en tanto la expresión acusada supone un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración normativa de la que goza el Legislador. Además, desconoce el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que establece los elementos esenciales del sistema penal acusatorio (tales como la imposibilidad de que el ente investigar imponga medida de aseguramiento), porque se somete a los congresistas a un modelo (Ley 600 de 2000) que no es compatible con los mínimos que la reforma a la Constitución impuso.

No puede perderse de vista que el modelo de procesamiento penal de los congresistas ha sufrido fuertes cambios y cada vez se rompe con la esencia de dicho esquema para dar paso a la implementación de figuras o instituciones propios del sistema penal acusatorio. Tales modificaciones no son resultado de la voluntad política, sino el acatamiento de mandatos directos de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia y los pronunciamientos de las autoridades encargadas de salvaguardar dichos instrumentos. Pero para que la observancia a tales directrices jurídicas se complete, especialmente en lo relativo a la plena separación de las actividades investigativas y las judiciales, se requiere que los legisladores sean procesados conforme a las reglas del sistema penal acusatorio.

Para desarrollar el cargo, (i) se definirá el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas, (ii) se explicarán las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000; y (iii) se expondrá por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

5.5.1 El fuero constitucional de los congresistas. Alcance y límites.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la institución de los aforados, personas que por sus calidades son juzgadas bajo reglas especiales que no necesariamente coinciden con las aplicables a las personas que no ostentan tales condiciones. Es el caso de los congresistas, a quienes la Constitución les garantiza un trato penal

diferenciado en comparación con los demás ciudadanos que no ocupan esa dignidad. Sin embargo, el trato diferenciado en favor de los congresistas -su fuero, entendido como garantía institucional- se limita a un único aspecto: que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. A esto podríamos denominarlo como una garantía exclusivamente orgánica.

En efecto, la Constitución es clara en cuanto al alcance del fuero penal de los congresistas, ciñéndolo al contenido antes expresado, lo cual se desprende del artículo 186, según el cual “de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención”. En la misma dirección, el numeral 4° del artículo 235 Superior consagra las competencias de la Corte Suprema de Justicia:

“ARTÍCULO 235. *Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

- 1. Actuar como tribunal de casación.*
- 2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.*
- 3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.*
- 4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.” (Subrayado fuera de texto)*

Entonces, es correcto señalar que, para la Carta Política, lo único “especial” que se le garantiza a los congresistas -en materia penal- es que serán investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Esta lectura es confirmada por la Corte Constitucional, quien en múltiples sentencias ha entendido que el alcance del fuero penal correspondiente a los miembros del Congreso de la República es el previamente anotado. Sin ánimo de ser exhaustivos, relacionaremos algunos pronunciamientos en dicho sentido.

En la **sentencia T-1320 de 2001** la Corte Constitucional explicó las diferencias entre el modelo de la Carta Política de 1886 y la de 1991 en relación con la responsabilidad penal de los congresistas. Al respecto, anotó que mientras en la primera existía la denominada “*inmunidad parlamentaria*”, la segunda “*instituyó para aquellos un fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, que comprende tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso, conforme fue establecido por ella en el*”

artículo 235, numeral 3° superior” (subrayado fuera de texto). De lo anterior se entiende que el fuero penal de los congresistas se limita a que la Corte Suprema de Justicia investigue y juzgue sus delitos.

La **sentencia C-545 de 2008**, que declaró constitucional el apartado acusado -aunque por cargos diferentes a los aquí desarrollados-, reitera el alcance del fuero penal de los legisladores en los términos anotados:

“3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ‘ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas’; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.

Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3° del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.)

(...)

Así, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el ius puniendi del Estado, cuando de los miembros del Congreso se trate, a quienes el Constituyente les ha otorgado un fuero constitucional especial, señalando que ese alto tribunal no sólo es su juez natural, distinto del correspondiente a los demás ciudadanos, sino que la instrucción debe adelantarse en esa sede y no por la Fiscalía General de la Nación, ni por la Cámara de Representantes (art. 178.3 ib.), según sea el caso.” (Subrayado fuera de texto).

Entre tanto, la **sentencia SU-811 de 2009** insiste en que “como ha sido ampliamente analizado por esta corporación, los artículos 186 y 253, numeral 3°, de la Constitución Política, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, el cual fue reiterado por los artículos 75.7 y 32.7 de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, respectivamente, que preceptúan la competencia privativa del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en Sala de Casación Penal, para conocer de los delitos cometidos por los senadores y los representantes a la Cámara” (subrayado fuera de texto).

Para finalizar el breve recuento jurisprudencial, traemos a colación la sentencia **SU-712 de 2013**, donde se retoma la diferencia entre la Constitución de 1886 y la actual en materia de persecución penal de los congresistas, así como la razón de ser de tal distinción:

“Como en un Estado de derecho no hay actos de autoridades públicas que se sustraigan del control judicial, ya que una de sus características es la ‘justiciabilidad de todos los actos de los poderes públicos’, la inmunidad parlamentaria ‘tiene un encaje difícil’. Por ello la inmunidad ha dado paso a otras instituciones como el juzgamiento por autoridades especiales, precisamente como ocurre en el caso colombiano con los congresistas de la República.”

En la Asamblea Nacional Constituyente la ponencia para debate en Comisión propuso mantener la inviolabilidad de los congresistas por los votos y opiniones, pero suprimir la inmunidad parlamentaria y en su reemplazo adoptar un ‘fuero especial’, de modo que solamente la Corte Suprema de Justicia tuviera competencia para investigar y juzgar a los parlamentarios. Con la misma lógica, en el informe de Ponencia para Primer Debate en Plenaria se reiteró la idea de suprimir la inmunidad sustituyéndola por un ‘fuero especial igual al de los altos funcionarios del Estado.’” (Subrayado fuera de texto).

De este modo se confirma que el fuero penal de los congresistas implica ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia, siendo este su alcance y límite a la vez.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2018 modificó el artículo 186 Superior y determinó: (i) crear la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para investigar y acusar a los congresistas, (ii) esto último, ante la Sala de Primera Instancia de la misma Corporación y (iii) cuyas decisiones son apelables ante la Sala de Casación Penal. Dice la norma:

“ARTÍCULO 1. Adicionar el artículo 186 de la Constitución Política, el cual quedará así:

ARTÍCULO 186. De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.”

La reforma constitucional introducida en el año 2018 no varía la tesis que aquí se ha sostenido, según la cual el fuero constitucional de los congresistas se limita a

garantizarles que serán investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Todo lo contrario. La modificación del texto Superior refuerza la premisa expuesta en tanto ratifica la competencia a cargo de la Corte Suprema aun cuando distribuye las funciones de investigación y juzgamiento entre sus diferentes salas.

Así las cosas, tenemos que el fuero que la Constitución garantiza a los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado de la República tiene relación única y exclusivamente con el órgano que los investiga y juzga, esto es, la Corte Suprema de Justicia.

La insistente precisión realizada tiene un propósito fundamental para el presente cargo y es establecer una de las premisas a partir de las cuales la Corte Constitucional debe examinar el inciso acusado: **el fuero penal de los congresistas no incluye un régimen procesal penal propio**, comoquiera que la Carta Política únicamente se refiere a aspectos orgánicos.

5.5.2 El régimen procesal penal aplicable a los congresistas debe responder al sistema penal acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002.

El fuero penal de los congresistas, según se explicó previamente, consiste en que son investigados y juzgados únicamente por la Corte Suprema de Justicia. **Sin embargo, la Carta Política no les señaló un régimen procesal penal propio.** De hecho, de todos los grupos de aforados constitucionales que existen, solo el primero tiene reglas procesales especiales para su investigación y juzgamiento³⁶. Esto se debe a que los integrantes de tal grupo (Presidente de la República, magistrados de Altas Cortes, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación) deben ser procesados primero por ambas cámaras del Congreso de la República (arts. 175 y 178 CP), de modo que el respectivo juicio se adelanta conforme a las disposiciones previstas para el efecto en la Ley 5ª de 1992.

Entonces, si la Constitución no prevé un régimen procesal penal exclusivo para los congresistas, ¿cuál debe ser la regulación que ha de aplicárseles en los juicios criminales?

³⁶ En la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional clasificó a los aforados constitucionales en tres (3) grupos (Fundamentos jurídicos 59 a 68). El **primero** está compuesto por el Presidente de la República, los magistrados de las Altas Cortes, los titulares del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. El **segundo** se integra por los congresistas. El **tercero y último** se conforma por quienes asuman la titularidad de la Vicepresidencia de la República, los ministerios del Despacho, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las agencias del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los tribunales, los departamentos administrativos, la Contraloría General de la República, las embajadas y misiones diplomáticas o consulares, las gobernaciones y magistraturas de tribunal, así como de los generales y almirantes de la Fuerza Pública.

La respuesta es que los Congresistas deben ser juzgados bajo el sistema penal acusatorio incorporado en el Acto Legislativo 03 de 2002, que desde el 31 de diciembre de 2008 es el único modelo constitucionalmente admisible para investigar y juzgar delitos cometidos por cualquier persona -sin excepciones en razón del cargo- con posterioridad al 1° de enero de 2005 (artículo 5° del AL 3 de 2002).

No obstante, el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 dispuso que las causas penales contra los legisladores seguirían siendo investigadas y juzgadas bajo el modelo penal inquisitivo (Ley 600 de 2000). Dice la norma:

*“ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. **Los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

La excepción de la que trata el artículo citado se estipuló sin sustento constitucional alguno y, en consecuencia, es necesario que la Corte Constitucional la declare inexecutable. A continuación, se exponen las razones que justifican tal petición.

5.5.2.1 El Acto Legislativo 03 de 2002 no admite excepciones en razón de la persona para la aplicación del sistema penal acusatorio.

Tal como se ha explicado a lo largo de la presente demanda, la voluntad del Constituyente con el Acto Legislativo 03 de 2002 fue derogar por completo el modelo inquisitivo y transitar al sistema penal acusatorio. Para ello, en el artículo 5° de la reforma constitucional se estipuló que este último debía entrar en plena vigencia el 31 de diciembre de 2008, sin prever que después de esta fecha se permitiría continuar aplicando el modelo inquisitivo para determinada personas en razón de sus calidades o del cargo que ostenten. Así las cosas, la disposición **no** habilitó al Congreso de la República para exceptuar a ninguna persona de la aplicación del sistema penal acusatorio.

En otras palabras, desde el 31 de diciembre de 2008 el sistema penal acusatorio es el único constitucionalmente admisible para investigar y juzgar a todas las personas que habiten el territorio nacional por delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005. Lo anterior, con independencia del cargo que ocupen en tanto el Acto Legislativo 03 de 2002 no previó excepción alguna en dicho sentido.

Ni los artículos 175 y 178 de la Carta Política, ni ningún otro del texto Superior, diseñaron un régimen procesal penal específicamente aplicable a los legisladores. En

consecuencia, **se les debe aplicar el modelo general que la misma Constitución prevé: el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 03 de 2002)**. Y dado que las normas del régimen general previsto en la Carta Política no admiten excepción legal alguna en razón de la persona, es constitucionalmente inadmisibles excluir a los legisladores del ámbito de aplicación del nuevo modelo de investigación y juzgamiento penal, como lo hace el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Si la decisión del Constituyente derivado hubiera sido exceptuar a los miembros del Congreso de la aplicación del sistema penal acusatorio por su condición de tales, así lo habría consignado de manera expresa en el texto definitivo del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, que define su ámbito de operación. Empero, no lo hizo. Ello, aunado al propósito unívoco y claro de la reforma que era acabar con el viejo sistema de procesamiento penal para reemplazarlo integralmente por el acusatorio, conlleva a asegurar que la regla que permite continuar juzgando a los legisladores conforme al modelo inquisitivo (Ley 600 de 2000) es inconstitucional.

5.5.2.2 La excepción del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 no está cobijada por la potestad de configuración del Legislador (art. 150-2 CP).

En virtud del artículo 150-2 Superior, el Congreso de la República cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para definir las reglas procesales. Lo anterior incluye el diseño del procedimiento para investigar y juzgar los delitos cometidos por sus miembros, como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“69. El anterior recuento permite advertir la existencia de una garantía común -el fuero constitucional- predicable de quienes asumen cualquiera de los roles estatales considerados por el Constituyente como destinatarios del mismo; cuya concreción normativa, inspirada en fines idénticos, es especial y reservada -en aquello no regulado por la Carta- a la definición del Legislador, a partir de la cláusula general de competencia.

70. En dicho ejercicio el Congreso de la República esté facultado para establecer las distinciones requeridas entre los grupos de aforados, y entre estos y los destinatarios comunes u ordinarios del ius puniendi estatal, las cuales no son, per se, violatorias del principio de igualdad, pero deben estar debidamente justificadas. En este sentido, la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero.”³⁷

Sin embargo, la potestad de configuración legislativa no es ilimitada al momento de establecer normas procesales en general, ni las aplicables a los congresistas en

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-146 de 2020.

particular. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la competencia en cometo tiene que ejercerse dentro de los linderos que la propia Carta Política prevé. Es entonces una potestad restringida por las disposiciones del texto Superior y los mandatos que se desprenden directamente de él:

*“4.8. Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en virtud de la cláusula general de competencia, el legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa que trasciende o va más allá de las funciones específicamente señaladas en el artículo 150 de la Carta Política, **también ha precisado que tal atribución no es absoluta, pues la misma debe desarrollarse de conformidad con las limitaciones y requisitos que la propia Constitución señala o que se derivan directamente de su texto.***

*4.9. En esa dirección, esta Corporación ha destacado que los límites a la competencia del Congreso para producir el derecho, interpretarlo, reformarlo y derogarlo, se derivan, fundamentalmente, (i) de la decisión constitucional de asignarle a otra rama del Poder Público u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121); (ii) de las cláusulas contenidas en la propia Carta Política que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas (C.P. art. 136); y (iii) de la obligación también derivada del Ordenamiento Superior, de respetar, en el contexto de la regulación legislativa de una determinada materia, **las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos directamente en la Carta.** En armonía con ello, también la jurisprudencia ha señalado que la atribución legislativa del Congreso (iv) debe ajustarse al trámite fijado por la Constitución para la expedición de las leyes (C.P. arts. 157 y sigs.) y (v) observar igualmente las materias que deben ser desarrolladas por cada tipo y categoría de ley (C.P. arts. 150 y sigs.).*

4.10. Así las cosas, por fuera de las restricciones que la propia Carta Política dispone, el Congreso de la República cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución, potestad que lo habilita no sólo para expedir las reglas de derecho que correspondan al adecuado funcionamiento del Estado Social de Derecho, sino también para interpretarlas, reformarlas y derogarlas, atribuciones que a su vez pueden ser ejercidas en forma amplia y flexible, en relación con el marco de competencias legislativas previstas en el artículo 150 Superior.”³⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En la sentencia C-126 de 2016 la Corte Constitucional se refirió específicamente al artículo 150-2 Superior y precisó que uno de los límites a la facultad en él conferida es la estricta observancia de todas las normas constitucionales. De este modo reiteró que la libertad de configuración legislativa no es una potestad absoluta:

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.

“De conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. Sin embargo, esa libertad de configuración normativa que la Carta Magna le otorga al Legislador, aunque es amplia, tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales.” (Subrayado fuera de texto).

En forma reciente, la sentencia C-458 de 2020 retomó la sentencia C-319 de 2013 para explicar -una vez más- los límites de la libertad de configuración normativa al momento de crear procedimientos judiciales. Dijo entonces:

“A la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, el legislador ordinario cuenta con, al menos, cuatro limitantes para el ejercicio de sus facultades de regulación de los procedimientos administrativos y/o judiciales exigibles para la configuración de una determinada situación jurídica, las cuales también deben ser comprendidas como predicables de las competencias legislativas extraordinarias del Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción.

207. En concreto, a la luz de la Sentencia C-319 de 2013, el legislador (indistintamente de su calidad) no puede pretender desconocer con las regulaciones que desarrolla:

‘(i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia’.

208. En ese sentido, si bien el legislador, por regla general goza de una amplia autonomía para el ejercicio de sus competencias regulatorias, debe enmarcar sus actuaciones en estos parámetros básicos so pena de que, en vez de crear una ruta de acceso al efectivo goce de los derechos, obstaculice e incluso restrinja su consecución material y garantía.” (Subrayado fuera de texto).

El breve recuento realizado reafirma la premisa de este apartado: el diseño de las reglas procesales es un proceso discrecional del Legislador, aunque siempre supeditado a lo dictado por la Constitución y lo que se desprenda directamente de ella. Y en tratándose específicamente de las normas procesales aplicables a los congresistas, en la sentencia SU-146 de 2020 la Corte Constitucional también explicó que *“la Carta solo permite que la regulación incorpore estrictamente aquellas medidas necesarias para la satisfacción de las finalidades que subyacen a la protección del fuero”*. Bajo ese marco es procedente analizar el inciso demandado.

En uso de la competencia prevista en el artículo 150-2, así como en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, el Congreso de la República redactó el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 y dispuso que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serían investigados y juzgados conforme al sistema penal acusatorio. Sin embargo, exceptuó de dicha regla los punibles cometidos por los congresistas. Ello no es constitucionalmente admisible por las razones que se explican a continuación.

El Legislador tiene un amplio margen de competencia para determinar el régimen procesal penal aplicable a los Senadores y a los Representantes a la Cámara, tanto así que puede crear reglas diferentes a las ordinarias para ellos en comparación con las aplicables a quienes no ostentan dichos cargos³⁹. No obstante, recuérdese que la potestad en comento encuentra precisos límites en las “normas constitucionales”⁴⁰ y en “la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial”⁴¹.

Para el caso colombiano, **la Carta Política -en concreto el Acto Legislativo 03 de 2002- fijó directamente el trámite judicial para investigar y juzgar los delitos cometidos por todos los colombianos (sin excepción), o al menos el marco general de dicho procedimiento: el sistema penal acusatorio.** Este se caracteriza por, entre otros aspectos (art. 2° del Acto Legislativo 03 de 2002):

- (i) La existencia del juez de control de garantías.
- (ii) La plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento, de modo que el fiscal (o quien funja como investigador y acusador) es incompetente para ordenar medidas de aseguramiento.
- (iii) En virtud de lo anterior, y por regla general, el funcionario investigador no puede dictar órdenes de captura ni decidir sobre medidas que implican restricciones severas a los derechos fundamentales.

Luego, con la expedición de la excepción prevista en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, el Congreso excedió su potestad de configuración normativa en tanto excluyó a sus miembros del marco general de investigación y juzgamiento penal consagrado en el Acto Legislativo 03 de 2002. Ello desconoce el artículo 5° de la mentada reforma, relativa a su ámbito de aplicación. Adicionalmente, los sometió a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que no garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002,

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2013. Reiterada en la sentencia C-458 de 2020.

dado que bajo dichas reglas no existe juez de control de garantías y el investigador conserva competencia para imponer medidas de aseguramiento, entre otros aspectos contemplados en la reforma constitucional.

Si la decisión del Legislador era crear un procedimiento especial para los congresistas, lo podía hacer en virtud de su potestad de configuración y debido a que ello no rompe el principio de igualdad⁴². Empero, tenía que hacerlo dentro del marco del sistema penal acusatorio introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y respetando sus características mínimas, previamente enunciadas, lo que evidentemente no ocurrió al mantener el procesamiento bajo el modelo inquisitivo suprimido de la Constitución.

Por tanto, como *“el control constitucional a la libertad de configuración legislativa es ante todo un control de límites”*⁴³ y *“no es viable que esta Corporación permita concepciones legales que vayan en contravía de la norma Superior o quebranten derechos y principios en ella consagrado”*⁴⁴, es necesario declarar inexecutable la excepción contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, toda vez que dicha norma no respeta los límites impuestos por los artículos 2° y 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 sobre el modelo de investigación y juzgamiento penal aplicable a los habitantes del territorio nacional, a la vez que excede la competencia consagrada en el artículo 150-2 de la Carta Política.

5.5.2.3 Mantener la investigación y juzgamiento penal de los congresistas bajo el sistema inquisitivo desconoce los profundos cambios jurisprudenciales y normativos que este último ha sufrido.

La Ley 906 de 2004, y en particular la excepción contenida en su artículo 533, fueron diseñadas en un contexto muy particular. Lo anterior, toda vez que para entonces la Sala de Casación Penal investigaba y juzgaba a los congresistas sin que existiera una división funcional de ambas facultades. Además, dichos funcionarios no gozaban del derecho a la doble instancia, y mucho menos del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

Tales condiciones fueron variando a lo largo de los años, al punto de que en la actualidad el contexto del juicio criminal contra los legisladores es completamente opuesto al enunciado. Esto se debe a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y a la intervención del Constituyente derivado para corregir graves deficiencias del modelo inquisitivo. Para evidenciarlas, reseñaremos brevemente las sentencias y la

⁴² Corte Constitucional, sentencia 545 de 2008.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 2016.

⁴⁴ Ibidem.

reforma constitucional que dieron paso a la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, así como al reconocimiento de los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad.

(i) Sentencia C-545 de 2008. La obligación de separar las funciones de investigación y juzgamiento en cabeza de la Sala de Casación Penal.

En este pronunciamiento la Corte Constitucional determinó que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, “*en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso*”. Para justificar su decisión, explicó que el artículo 29 Superior y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia reconocen el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el cual debe garantizarse en sus dimensiones subjetiva y objetiva. Y en relación con esta última, precisó que su finalidad es evitar que el funcionario encargado de investigar y acusar sea el mismo competente para juzgar, pues sus ideas preconcebidas podrían influir en la decisión final:

“Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó verbi gratia a proferir una resolución de acusación, - como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la Ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento) -, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconcepciones que para él han resultado sólidas.

Esto se evita, según se ha asumido doctrinalmente y en creciente número de legislaciones, con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.” (Subrayado fuera de texto).

También trajo a consideración jurisprudencia y doctrina internacional, particularmente de Estados Unidos, España y Argentina, para evidenciar que a nivel mundial se ha propendido por la separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Esto en aras de garantizar integralmente el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Después de tal recuento, sostuvo que Colombia tenía que adaptarse a la evolución internacional sobre la imparcialidad objetiva, de modo que debía

producirse una reforma en virtud de la cual se impidiera que los magistrados de la Sala de Casación Penal que fungieran como investigadores fueran los mismos que adoptaran la decisión sobre la responsabilidad penal del congresista:

*“Esa actual tendencia demuestra que, aunque la competencia integral que la Constitución colombiana le asigna a la Corte Suprema de Justicia para adelantar tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso es un ineludible mandato constitucional, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración, al reglamentar el procedimiento aplicable a esa clase de acciones penales, debe obedecer a un ejercicio razonable y proporcionado de dicha facultad, asegurando que el juicio sea realizado por un juez o tribunal establecido con anterioridad por la ley, competente, **‘independiente e imparcial’**, concepto este último que ha venido evolucionando en la doctrina internacional, para que se evite ya no solo la parcialización intencional sino el apego a preconceptos.*

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 ibidem las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

Así, esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar.” (Subrayado fuera de texto).

La Corte hizo énfasis en la necesidad de separar las funciones de instrucción y las de juzgamiento. Como se explica más adelante, aunque se ha avanzado en esta tarea, para finalizarla se requiere que los congresistas sean procesados conforme a los postulados del sistema penal acusatorio.

(ii) Sentencia C-792 de 2014. El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad).

En este pronunciamiento la Corte Constitucional analizó el artículo 32.2 de la Ley 906 de 2004, que otorga competencia a la Sala de Casación Penal para conocer los recursos de apelación interpuestos contra autos y sentencias dictadas por los Tribunales Superiores. El reproche puntual estaba dirigido a señalar que la disposición no consagraba un recurso efectivo para garantizar la impugnación de la primera condena penal impuesta en el trámite de la segunda instancia.

Para resolver la controversia, la Corporación se centró en caracterizar el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria a partir de los siguientes elementos: (i) fundamento normativo, (ii) estatus jurídico, (iii) ámbito de acción, (iv) contenido, (v) objeto y (vi) finalidad. Luego de ello concluyó que *“el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente”*. En otras palabras, determinó que el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria es diferente a la doble instancia, figura sobre la cual el Legislador sí puede establecer excepciones.

Después, la Corte Constitucional se cuestionó acerca de la existencia o no de un derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria dictada en el curso de la segunda instancia, y concluyó que sí existía tal derecho. Acto seguido puntualizó que *“este derecho tiene como contrapartida el deber del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que permita el ejercicio de tal prerrogativa. No obstante, no existe un acuerdo sobre el alcance de tal deber”*. En aras de establecer cómo tenía que ser el recurso, la Sala anotó que el mismo debería permitir que *“responsabilidad sea revisada por una instancia judicial distinta a quien impuso la condena, y a que, en este marco, todos los elementos normativos, fácticos y probatorios en que se suporta la correspondiente decisión judicial, sean sometidos a un nuevo escrutinio”*.

A partir de dichas características, la Corte concluyó que los recursos existentes son vías procesales *“debilitadas”*. De ahí que *“se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve el condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”*. Por ese motivo, la Corte decidió exhortar al Congreso de la República para que *“regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias”*.

De este modo, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) también fue reconocido a los aforados constitucionales -entre los que se encuentran los congresistas- comoquiera que sus juicios son (eran) de aquellos adelantados en única instancia.

(iii) El Acto Legislativo 01 de 2018. La profunda modificación institucional del esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas.

El Acto Legislativo 01 de 2018 incorporó a la Carta Política las órdenes dadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-545 de 2008 y C-792 de 2014, a la vez que terminó con los juicios criminales de única instancia contra congresistas.

En su artículo 1º modificó el artículo 186 de la Constitución en el sentido de establecer la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, cuya función es investigar y acusar a los legisladores. También dispuso que dichos funcionarios deben ser juzgados por la Sala Especial de Primera Instancia, cuya decisión es susceptible de ser apelada ante la Sala de Casación Penal. De este modo separó -dentro de la misma Corte Suprema de Justicia- las funciones de instrucción y juzgamiento (cumplimiento de la sentencia C-545 de 2008) y consagró el derecho a la doble instancia. También incluyó un inciso final al artículo 186 de la Carta Política para incluir el derecho a impugnar la sentencia primera condena.

El artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 234 Superior, previó: *“en el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena”*. Así las cosas, se ratificó la instauración de los procesos de doble instancia y se le reconoció a los congresistas el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (cumplimiento de la sentencia C-792 de 2014).

Las modificaciones en el esquema de investigación y juzgamiento penal de los congresistas tienen una característica común: son elementos esenciales de los modelos de tendencia acusatoria, que por demás rompen con la concepción del sistema penal inquisitivo. En especial el cambio exigido desde la sentencia C-545 de 2008 y constitucionalizado mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, relativo a separar las funciones de investigación y juzgamiento.

Es bajo este contexto que consideramos inconstitucional continuar avalando la aplicación de la Ley 600 de 2000 (régimen inquisitivo).

Primero, porque desconoce la tendencia nacional e internacional de dejar atrás los modelos inquisitivos -e incluso mixtos- de investigación y juzgamiento, la cual se materializa no en decisiones políticas, sino en verdaderos instrumentos jurídicos del más alto nivel como el texto de la propia Constitución, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, los tratados de derechos internacionales ratificados por Colombia, así como la legislación y las decisiones adoptadas por otros Estados y sus máximos órganos de justicia.

Segunda, porque de conformidad con las reglas de la Ley 600 de 2000, el ente investigador -que para el caso de los congresistas es la Sala Especial de Instrucción-

está habilitado para imponer medidas de aseguramiento, dictar órdenes de captura, interceptar comunicaciones sin revisión judicial (previa o posterior), entre otras facultades que por su naturaleza tienen que ser adoptadas por un juez y sometidas al tamiz del control de garantías. Es decir, no existe una verdadera división entre las funciones de investigación y las de carácter judicial. De ahí que no solo sea de imperioso, sino también de obligatorio cumplimiento por mandato constitucional. Ello solo se logra ordenando que los congresistas sean investigados y juzgados penalmente bajo las reglas del sistema penal acusatorio.

5.5.2.4 Conclusión

El artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé que todos los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 serán investigados y juzgados conforme a las normas del sistema penal acusatorio, salvo aquellos realizados por los congresistas. En esencia, dicha excepción es inconstitucional por tres razones, que si bien son independientes presentan una relación entre sí, a saber:

(i) El artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que el sistema penal acusatorio debe estar en plena vigencia a partir del 31 de diciembre de 2008, sin excluir a ninguna persona -por razón de sus calidades o del cargo que ostenta- de la aplicación del nuevo modelo. Luego, la excepción legal contenida en la expresión acusada no es avalada por el ordenamiento superior.

(ii) En línea con anterior, la disposición demandada supone un ejercicio desbordado de la potestad de configuración de la que goza el Congreso de la República, en detrimento del artículo 150-2 de la Constitución. Lo anterior, debido a que irrespetó los límites previstos en el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, según los cuales ninguna persona que habite el territorio nacional está exceptuada de la aplicación del sistema penal acusatorio. Además, porque sometió a los congresistas a ser investigados y juzgados penalmente bajo un modelo (Ley 600 de 2000) que no satisface las características mínimas del sistema penal acusatorio (art. 2, Acto Legislativo 03 de 2002).

(iii) Por último, se explicó que el esquema penal inquisitivo aplicable a los legisladores ha sufrido profundas e importantes variaciones desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004. Todas ellas tienen como común denominador dejar cada vez más relegadas las características propias de aquel modelo para reemplazarlas por aspectos intrínsecos del sistema penal acusatorio. Dichas modificaciones no han respondido a una voluntad política, sino a verdaderos mandatos jurídicos emanados de nuestra Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y de pronunciamientos de sus intérpretes autorizados. Bajo ese

contexto, permitir que la Ley 600 de 2000 continúe rigiendo los juicios de los congresistas desconoce las directrices jurídicas enunciadas, a la vez que impide lograr la plena separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

Por las anteriores razones, respetuosamente solicitamos declarar inexecutable la expresión *“los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”*, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

5.5.3 La sentencia C-545 de 2008 no constituye cosa juzgada respecto del cargo que aquí se formula contra el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 243 de la Carta Política dispone que *“los fallos que la Corte [Constitucional] dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”*.

La configuración de la cosa juzgada constitucional depende de la concurrencia de tres (3) presupuestos, reseñados en la sentencia C-039 de 2021: *“i) identidad de objeto; ii) identidad de causa y iii) subsistencia del criterio de control de constitucionalidad, vale decir ‘que no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que de manera excepcional hagan procedente la revisión, lo que la jurisprudencia ha referido como un nuevo contexto de valoración’.”*

Para el asunto que nos convoca, no se configura la cosa juzgada constitucional en tanto no están dados los últimos dos requisitos precisados por la jurisprudencia.

- **No existe identidad de causa.** El presente cargo se dirige contra el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, disposición declarada executable mediante la sentencia C-545 de 2008. En su entonces, el análisis se centró única y exclusivamente en establecer si lo demandado contravenía o no el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así fue reseñado por la propia Corte Constitucional en el señalado fallo:

“2.- Lo que se debate.

Para los demandantes, el aparte censurado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 atenta contra el principio de igualdad, al considerar que la distinción en el procedimiento penal aplicable por la Corte Suprema de Justicia a los miembros del Congreso es una medida desproporcionada, sin una verdadera y razonada justificación, que se funda en ‘criterios sospechosos’.

En consecuencia, corresponde a la Corte establecer si la expresión ‘Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la

Ley 600 de 2000’, desconoce el artículo 13 superior, al señalar que la investigación y el juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia debe tramitarse por el procedimiento penal contemplado en la Ley 600 de 2000, y no bajo el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004.” (Subrayado fuera de texto).

Por el contrario, en la presente oportunidad se cuestiona el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 porque permite que los delitos cometidos por los congresistas sean investigados y juzgados bajo la Ley 600 de 2000, en lugar de las reglas correspondientes al sistema penal acusatorio, puesto que el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 -que define el ámbito de aplicación del nuevo modelo de procesamiento penal- no contempla dicha excepción.

Lo anterior también se traduce en un indebido ejercicio de la potestad de configuración normativa del Legislador. Ello porque, además de introducir una excepción no avalada por el ordenamiento superior, la norma acusada somete a los miembros del Congreso a un procedimiento (Ley 600 de 2000) que en lo absoluto garantiza los postulados mínimos del sistema penal acusatorio previstos, esencialmente, en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002.

De lo anterior se concluye que las razones de inconstitucionalidad aquí esgrimidas difieren completamente de las estudiadas en la sentencia C-545 de 2008. Por tanto, es imposible predicar la existencia de la cosa juzgada y la Corte Constitucional está habilitada para fallar de fondo.

- El criterio de control constitucional ha variado sustancialmente. La sentencia C-545 de 2008 se dictó en un momento en el cual: (i) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no había separado las funciones de instrucción y juzgamiento, como lo advierte el propio fallo; (ii) el proceso penal contra congresistas era de única instancia; y (iii) tampoco se había incorporado, formalmente, el derecho a la doble conformidad. De hecho, estas antiguas características del juicio criminal contra los legisladores fueron parte fundamental de la *ratio decidendi* del pronunciamiento en comento, atribuyéndoles ventajas como la economía procesal, no ser sometidos a errores propios de los jueces y tribunales inferiores, así como la posibilidad de ejercer la acción de revisión:

“3.1. El artículo 107 de la Constitución anterior (art. 26 A. L. 01 de 1936) establecía la inmunidad de Senadores y Representantes a la Cámara, al consagrar que ningún miembro del Congreso podía ‘ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas’; en caso de flagrancia, podían ser detenidos y debían ser puestos a disposición de la Cámara respectiva.

Hoy en día, por determinación del constituyente de 1991, el numeral 3º del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 ib.) mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: 'la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.'

(...)

Debe recalarse que no es la misma situación la de una persona que es investigada por la Fiscalía General de la Nación o mediante el procedimiento especial ante el Congreso, que la de aquéllos que son investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, pues estos últimos, como se indicó en precedencia, gozan además de las ventajas de la economía procesal y la probabilidad de que la decisión esté menos expuesta a error que ante otros despachos judiciales."

Además, el fallo bajo estudio retomó la sentencia C-934 de 2006, en la que la Corte Constitucional defendió la posibilidad de que el Legislador determinara “*si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto*”.

En la actualidad el contexto dentro del cual se profirió la sentencia C-545 de 2008 ha cambiado de manera sustancial. Tal como se explicó en precedencia, en virtud de la Sentencia C-545 de 2008, de la sentencia C-792 de 2014 y del Acto Legislativo 01 de 2018 (siendo estos los hitos más significativos): (i) la investigación y acusación penal contra los congresistas corresponde a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia; (ii) ellos tienen derecho a ser juzgados en doble instancia, la primera a cargo de la Sala Especial de Primera Instancia y la segunda a cargo de la Sala de Casación Penal; y (iii) también tienen derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (doble conformidad) debido al diseño institucional previsto en el Acto Legislativo 01 de 2018.

En ese orden de ideas, los argumentos que se fundaban en el extinto contexto del juicio penal contra los congresistas actualmente carecen de soporte fáctico y normativo. Luego, es procedente y necesario que la Corte Constitucional examine la disposición acusada a partir de la nueva realidad imperante.

En suma, dado que el cargo de inconstitucionalidad estudiado en la sentencia C-454 de 2008 difiere de los aquí propuestos, y comoquiera que el contexto en el cual se profirió la decisión ha cambiado de manera profunda, no se configura la cosa juzgada constitucional. Por tanto, la Corte Constitucional puede adoptar un pronunciamiento de fondo sobre el particular.

6. APTITUD DE LOS CARGOS

En virtud del artículo 40-6 de la Carta Política, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una de las manifestaciones centrales de esta garantía es la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Sin embargo, aquella debe ponderarse con el deber que tiene la Corte Constitucional de pronunciarse sobre demandas que estén suficiente y correctamente sustentadas⁴⁵.

La jurisprudencia ha establecido un conjunto de requisitos mínimos que todo ciudadano debe satisfacer al momento de justificar “*las razones de la violación*” de una norma que, desde la sentencia C-1052 de 2001, se sistematizan en el deber de exponer argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes:

*“La **claridad** de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, por regla general, releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental’, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.*”

*Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean **ciertas** significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente sobre una deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ‘esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden’.*

*De otra parte, las razones son **específicas** si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se*

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-146 de 2017.

relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

*La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que ‘el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico’; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola ‘de inocua, innecesaria, o reiterativa’ a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

*Finalmente, la **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.⁴⁶*

Los cargos formulados en la presente demanda satisfacen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional. Veamos.

(i) En primer lugar, los cargos son **claros** porque siguen un hilo conductor que permite al lector comprender su contenido y sus justificaciones. El primer cargo inicia

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001. Reiterada en muchas otras sentencias, como las siguientes: C-468 de 2016, C-726 de 2015, C-931 de 2014, C-612 de 2013, C-533 de 2012, C-456 de 2012, C-198 de 2012, C-101 de 2011, C-029 de 2011, C-028 de 2011, C-102 de 2010, C-025 de 2010, C-372 de 2009, C-1087 de 2008, C-293 de 2008, C-922 de 2007, C-370 de 2006, C-1197 de 2005, C-1123 de 2004, C-901 de 2003, C-889 de 2002, C-183 de 2002 y C-1256 de 2001.

con la explicación de los lineamientos previstos en el Acto Legislativo 03 de 2002 en relación con la vigencia e implementación del sistema penal acusatorio y el correlativo cese de la aplicación del modelo inquisitivo. También se desarrolla cuál fue el objetivo del Constituyente derivado al señalar el 31 de diciembre de 2008 como fecha para el plena vigencia del nuevo esquema procesal penal. Seguidamente se hace referencia a los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 y sin los cuales no se logra comprender el contenido de la reforma constitucional en materia de tránsito de legislación. Por último, se argumenta que los artículos demandados, interpretados de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Penal -explicada al comienzo de la demanda-, desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 impide que después del 31 de diciembre de 2008 se emplee el modelo inquisitivo para perseguir delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005.

El segundo cargo comienza con una breve explicación de los artículos 29 y 299 de la Carta Política para después desarrollar los principios de legalidad penal y de respeto por las formas de cada juicio. Precisado su alcance, se señala que su observancia implica acatar el mandato según el cual, al menos desde el 31 de diciembre de 2008, todo delito cometido con posterioridad al 1° de enero de 2005 tiene que instruirse, investigarse y juzgarse de acuerdo con las reglas de la Ley 906 de 2004. Y acto seguido, se explica que ambos preceptos superiores son desconocidos por las disposiciones acusadas en tanto permiten que después del 31 de diciembre de 2008 se continúen abriendo causas penales por delitos cometidos luego del 1° de enero de 2005.

El tercer cargo empieza con una explicación sobre en qué consiste el principio de juez natural y su relación con el principio de legalidad penal y el derecho a la tutela judicial efectiva. Después se explica que desde el 31 de diciembre de 2008, todos los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005 tienen que ser sometidos ante el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Acto seguido se señala que comoquiera que la hermenéutica que se cuestiona obliga a aplicar la Ley 600 de 2000 para delitos cometidos luego de la fecha señalada, por esa vía se impide que tales causas sean puestas a disposición del juez de control de garantías aun cuando es el deber ser.

El cuarto cargo inicia con una breve explicación del derecho a la igualdad en su concepción aristotélica: igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales. Luego se anota que antes del 31 de diciembre de 2008 existía un principio de razón suficiente para aplicar la ley procesal penal de manera diferenciada según el lugar de comisión del delito, pero que después de aquella fecha no existe ninguna razón para que un punible ejecutado luego del 1° de enero de 2005 sea perseguido bajo el modelo inquisitivo. Finalmente, se concluye que los preceptos demandados, interpretados en la forma que se cuestiona, desconocen el derecho a la igualdad en la medida que por

esa vía se continúa recurriendo a criterios territoriales y de gradualidad desuetos que al aplicarse perpetúan la utilización diferenciada de la ley procesal penal. Lo anterior, a pesar de que esto último carece de sustento desde la plena entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (31 de diciembre de 2008).

El quinto cargo parte de definir el alcance y los límites del fuero constitucional de los congresistas. En concreto, se explica que dicha garantía consiste única y exclusivamente en que sus delitos deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Luego, no están cobijados por un régimen procesal penal propio, lo que de suyo significa que les es aplicable el modelo general que la propia Carta Política prevé: el sistema penal acusatorio. A continuación se desarrollan las tres (3) razones por las cuales se solicita declarar que el régimen procesal penal aplicable a los legisladores es el previsto en el Acto Legislativo 03 de 2004 (sistema penal acusatorio) y no las normas de la Ley 600 de 2000. Finalmente, se expone por qué la sentencia C-545 de 2008 no configura cosa juzgada sobre el particular.

(ii) En segundo lugar, la demanda recae sobre una proposición **cierta**, es decir, verificable, que se desprende del texto de una Ley vigente.

El alcance que se le da al contenido de las normas acusadas se deriva de una interpretación consistente, consolidada y relevante que emana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que es acogida por la jurisdicción ordinaria penal, así como por la Fiscalía General de la Nación según se explicó y ejemplificó a lo largo del presente documento (derecho viviente). De ahí que no se trate de una lectura basada en conjeturas, sino en una debidamente constatada. En cuanto al cargo quinto, que se deslinda de los cuatro anterior, tenemos que la proposición demandada es cierta en tanto que se deriva de la lectura literal del artículo 533 de la Ley 906 de 2006.

(iii) En tercer lugar, los argumentos esgrimidos son **específicos y pertinentes**.

En el primer cargo se explica que las normas acusadas (en concreto su interpretación) desconocen que el Acto Legislativo 03 de 2002 determinó que a partir del 31 de diciembre de 2008 no puede aplicarse el sistema penal inquisitivo para delitos cometidos después del 1º de enero de 2005.

En el segundo cargo se sostiene que los artículos demandados (o mas bien la lectura que se les ha dado) infringen los principios de legalidad penal y el respeto de las formas propias de cada juicio, consagrados en el artículo 29 Superior.

En el tercer cargo se justifica la infracción del derecho al juez natural (art. 29 CP) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 299 CP). En el cuarto cargo se afirma que las disposiciones cuestionadas (su hermenéutica en realidad) vulneran el derecho a la

igualdad (art. 13 CP) desde su dimensión aristotélica (igualdad entre iguales, desigualdad entre desiguales). Y en el quinto cargo se alega que el inciso final del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 prevé una excepción no avalada por el artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002, desconoce los elementos mínimos del sistema penal acusatorio (art. 2°, Acto Legislativo 03 de 2002), excede la libertad de configuración normativa en materia procesal (art. 150-2 CP) y no corresponde al contexto jurídico actual. De modo que las acusaciones se fundamentan en razones concretas y plantean un debate sobre la constitucionalidad de la norma, mas no de su conveniencia.

(iv) Por último, la forma como están contruidos los cargos y las razones que se brindaron para cuestionar las normas demandadas (en particular su interpretación judicial) son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de aquella. De ahí que también se cumpla con el requisito de **suficiencia**.

7. SOLICITUD

De acuerdo con los argumentos y consideraciones expuestas en la demanda, respetuosamente solicitamos:

1. Declarar inexecutable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004.
2. En subsidio, declarar executable los artículos 530 y 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que a partir del 31 de diciembre de 2008 no es constitucionalmente válido investigar y juzgar penalmente a ninguna persona bajo un marco procesal diferente a la Ley 906 de 2004 por conductas cometidas después del 1° de enero de 2005.
3. Declarar inexecutable la expresión “*los casos de que trata el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, contenida en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

8. COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, en concordancia con el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra una ley de la República.



9. NOTIFICACIONES

- Yefferson Mauricio Dueñas Gómez recibe notificaciones en la carrera 14 # 93B-29, oficina 305, de Bogotá. También en los correos electrónicos: yduenas@gmail.com – yduenas@duenasgomez.com.

- John Jaime Posada Orrego recibe notificaciones en la calle 49 No. 50-21, oficina 2502, Medellín. Correo electrónico: johnjaimep@gmail.com

Con dicciones de comedimiento,

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ.
CC. 7'175.697 de Tunja

JOHN JAIME POSADA ORREGO
CC. 8.397.915 Bello (Antioquia).