

Acción Pública de Inconstitucionalidad contra Ley 906 de 2004 artículo 39 párrafo 1

Simon Rojas Cossio <simonrcp1@gmail.com>

Mié 02/08/2023 11:24

Para:Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

 1 archivos adjuntos (635 KB)

Acción Pública de Inconstitucionalidad Ley 906 de 2004 artículo 39 párrafo 1.pdf;

Nombre del accionante: **SIMÓN ROJAS COSSIO**

C.C: **1214743524**

Correo electrónico: simonrcp1@gmail.com

Norma demandada: Ley 906 de 2004 (Código de procedimiento penal) artículo 39 párrafo primero

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL

Bogotá D.C.

Ref.: **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

SIMÓN ROJAS COSSIO, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. **1.214.743.524**, expedida en Medellín - Antioquia, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Medellín, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el **PARAGRAFO 1 DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 906 DE 2004 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL)**, por cuanto contraría la Constitución Política en sus artículos 13, 29, 229 y la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) artículo 25 numerales 1 y 2 como se sustenta a continuación:

I. NORMAS VULNERADAS

NORMAS CONSTITUCIONALES

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

NORMAS CONVENCIONALES (BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD)

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

ARTÍCULO 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

II. NORMA DEMANDADA

ARTÍCULO 39. DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS.

PARÁGRAFO 1. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

III. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

AUSENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Como precisión inicial, cabe señalar que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el párrafo 1 del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien es cierto la Corte Constitucional en sentencia C- 591 de 2005 Magistrada Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández, hizo el estudio constitucional de esta norma y la declaró exequible “por el cargo analizado”, el cargo de la presente demanda es distinto a las razones de resolución en la sentencia C-591 de 2005.

En la antes mencionada Sentencia C-591 de 2005 el problema jurídico que debía resolver la Corte Constitucional con respecto al párrafo 1 del artículo 39 de la Ley 906 de 2004 fue:

“La Corte debe examinar si el legislador vulneró la Constitución al haber establecido que la función de juez de control de garantías en los procesos penales que adelante la Corte Suprema de Justicia la cumple un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.”

A lo cual la Corte se pronunció de la siguiente manera:

“En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el párrafo primero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, en el entendido que se refiere a los casos previstos en el numeral 4¹ del artículo 235 de la Constitución.”

Por el contrario a los motivos de la Sentencia C-591 de 2005, Lo que a través del presente escrito se demanda en concreto es precisamente lo que no ha hecho o no ha dispuesto el Legislador estando obligado a hacerlo, toda vez que éste ha incurrido en una **OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA** al regular el párrafo 1 del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, pues al consagrar que la función de control de garantías es ejercida por un Magistrado de la sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, **NO ESTABLECIÓ QUIÉN AVOCARÍA EL CONOCIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LOS AUTOS PROFERIDOS** por éste Magistrado de la sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando ejerza la función de control de garantías.

En ese orden de ideas, a continuación, pasará a verse de forma fundamentada, como dicha comisión legislativa atenta contra la Constitución, así:

1. CONTRA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD. Artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

Al establecer la Ley 906 de 2004 en el **“PARÁGRAFO 1.** En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá” y no determinar a quien corresponde conocer del recurso de apelación frente a los autos que emita este Magistrado en esa función de control de garantías, se incurre en violación al derecho fundamental a la **IGUALDAD** (artículo 13 de la Constitución Política 1991), esto en razón a que, de un lado, mientras que las personas cuyos procesos penales desde la función de control de garantías son conocidos por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en aplicación de la ley

¹ La referencia al numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política debe entenderse hoy al numeral 5, en razón a que la fecha de la Sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández corresponde al nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), momento para el cual no existía la modificación introducida al artículo 235 de la Constitución Política por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018, 'por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria', publicado en el Diario Oficial No. 50.480 de 18 de enero de 2018.

906 de 2004 no cuentan procesalmente con la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos en cuanto a poder apelar sus decisiones ante un juez de segunda instancia plenamente determinado por el legislador, de otro lado y en comparación desde las mismas consideraciones legales y de protección, todas las demás personas cuyos procesos penales también son tramitados bajo la Ley 906 de 2004, si gozan de plenas posibilidades para ejercer sus derechos, especialmente el de apelar las decisiones que toman mediante Auto los Jueces que ejercen la función de Control de Garantías.

Esta situación de desigualdad se hace muy evidente al verificar que el Código de Procedimiento Penal establece que la función de control de garantías corresponde por regla general a los Jueces Penales Municipales:

ARTÍCULO 37. DE LOS JUECES PENALES MUNICIPALES. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> *Los jueces penales municipales conocen:*

(...)

5. De la función de control de garantías.

Y es la misma Ley 906 de 2004 en su artículo 36 numeral 1 la que indica que las decisiones tomadas por el Juez Penal Municipal en función de control de garantías son apelables ante el respectivo Juez Penal del Circuito, bajo el siguiente tenor:

ARTÍCULO 36. DE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO. *Los jueces penales de circuito conocen:*

1. Del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales o cuando ejerzan la función de control de garantías.

Es decir, el Legislador ha otorgado competencia a los Jueces Penales de Circuito para avocar conocimiento de los recursos de Apelación que se interpongan contra los Autos que emitan los Jueces Penales de carácter Municipal ya sea cuando estos ostentan función de Conocimiento o cuando estos ejerzan función de Control de Garantías.

Situación que no es igual tratándose de los casos en que es un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá quién ejerce la función de control de garantías, pues el Legislador no le otorgó competencia a algún Juez, Magistrado, o cuerpo colegiado para conocer de los recursos de Apelación interpuestos contra los Autos emitidos por el Magistrado con función de control de garantías, creando una situación de desigualdad negativa injustificada.

2. CONTRA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. Artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

Se incurre en violación al derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO**, y en su contexto **AL DERECHO A LA DEFENSA** y **AL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA** (artículo 29 Constitución Política 1991) ya que a pesar de que en el proceso penal de ley 906 de 2004 se regula la doble instancia y las decisiones que son propias para este ámbito de garantía procesal en procura igualmente al amparo de defensa, **no se satisface legislativamente en particular el contar con un juez determinado para ejercer los actos de defensa en la vía procesal de segunda instancia cuando el decisor en función de control de garantías sea un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.**

Estos derechos (a la defensa y doble instancia) son connaturales al debido proceso como ritualidad propia de esta ley procesal penal en desarrollo del artículo 29 constitucional. Es una forma procesal propia de este debido derecho procesal, que haya un juez determinado para conocer en segunda instancia los reproches a las decisiones que mediante auto resuelva el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Véase como lo regulado al respecto en la Ley 906 de 2004 conversa jurídicamente con la situación planteada:

ARTÍCULO 20. DOBLE INSTANCIA. *Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.*

Y posteriormente se refuerza este derecho en el artículo 177 del mismo Código Procesal Penal, al precisarse cuáles son las decisiones susceptibles de ser Apeladas en efecto devolutivo, estableciendo principalmente situaciones que son materia de decisión del respectivo Juez con función de Control de Garantías por tratarse de afectaciones a Derechos Fundamentales, de la siguiente forma:

ARTÍCULO 177. EFECTOS. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La apelación se concederá:

(...)

En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

- 1. El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento.*
- 2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.*
- 3. El auto que resuelve sobre la legalización de captura.*
- 4. El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.*
- 5. El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; y*
- 6. El auto que admite la práctica de la prueba anticipada.*

Como se puede comprender sin mayor esfuerzo, todos los Autos anteriormente enunciados corresponden a decisiones propias del Juez que ejerza función de Control de Garantías, sin embargo, al no establecer quién conocería del recurso de Apelación contra esas decisiones cuando sea un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá quién ejerce dicha función y por contera emita estos autos, se hace imposible materializar el derecho de Apelar ya reconocido, imposibilidad que afecta directamente el derecho fundamental del Debido Proceso, a la Defensa y a la Doble Instancia, sobre ello indica la Corte Constitucional en Sentencia C – 337 de 2016 Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO:

“5.2 Esta Corporación ha sostenido que la finalidad del principio-derecho a la doble instancia es permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario, independiente e imparcial de la misma naturaleza y más alta jerarquía, con el fin de que decisiones contrarias a los intereses de las partes tengan una más amplia deliberación con

propósitos de corrección, permitiendo de esa forma enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de la autoridad de la Constitución o la ley². Es una garantía contra la arbitrariedad, y en un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública”

Si bien es cierto, el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa, margen que le permite establecer excepciones, restricciones y salvedades para el ejercicio de los derechos, la misma Sentencia C – 337 de 2016 aclara con respecto a dicho poder del Legislador que:

“En todo caso, también ha señalado que el amplio margen de configuración que tiene el legislador en las distintas ramas del derecho a la que alude el artículo 150 Superior (cláusula general de competencias)³, no puede llegar al extremo de permitirle anular derechos, sino que debe ceñirse a los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, además de seguir criterios de proporcionalidad y razonabilidad que justifiquen la limitación como legítima⁴. De allí que sea necesario que las mismas respondan a un fin constitucionalmente admisible y que no se tornen arbitrarias⁵.

La sentencia C-103 de 2005 precisó algunos criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador -en general- cuando consagre limitaciones al principio-derecho de la doble instancia, a saber: (i) la exclusión de la doble instancia debe ser excepcional; (ii) deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia; (iii) la exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; y, (iv) la exclusión no puede dar lugar a discriminación.

Entonces, no cabe duda de que la Constitución le confiere al legislador un amplio marco de configuración para sentar excepciones o limitaciones al

² Sentencias C-037 de 1996, C-040 de 2000, C-650 de 2001, C-095 de 2003, C-103 de 2005, C-213 de 2007 y C-718 de 2012, entre otras.

³ Ver Sentencia C-718 de 2012.

⁴ Sentencias C-650 de 2001 y C-095 de 2003, entre otras.

⁵ Sobre este punto ver sentencia C-017 de 1996.

principio-derecho a la doble instancia. Estas deben trazarse de forma que respeten el contenido axiológico de la Carta Política, en especial los derechos constitucionales fundamentales, principalmente el derecho de defensa y la garantía de debido proceso; por consiguiente, no pueden ser injustificadas, desproporcionadas o arbitrarias, más aún cuando quien cumple el papel de legislar lo hace en uso de facultades extraordinarias.”

Visto lo anterior, **es notable como por omisión legislativa relativa** se ha llegado al extremo de desconocer derechos como lo son el Debido Proceso, a la Defensa y a la doble Instancia. Esta imposibilidad de ejercer el derecho a Apelar los Autos emitidos por el Magistrado que ejerza la función de Control de Garantías no se muestra como proporcional, ni razonable desde el punto de vista constitucional, por lo tanto, debe haber pronunciamiento constitucional para el ajuste legislativo, tal como se aclama con esta demanda.

Lo adecuado por racionalidad legislativa es que, tanto en los procesos en los que el Juez de Control de garantías es un Juez Penal Municipal, como en los procesos en los que dicha función es ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se garantice el derecho a apelar ante un juez previamente determinado, pues los dos procesos hacen parte de la misma estructura procesal, y su esquema procesal es el Sistema Penal Acusatorio, introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004.

En el mismo orden, como estos son procesos⁶ diferenciados por el tipo de sujeto imputado, pero que se fundamentan en los mismos principios, deben surtir las mismas etapas, operan bajo las mismas reglas, sin dejar de lado que en ambos supuestos es la Fiscalía General de la Nación quién ejerce la acción Penal mediante la investigación y acusación de las personas vinculadas al proceso. Es odioso desde el punto de vista normativo por omisión que no haya expresión explícita del órgano de segunda instancia que debe proceder ante eventual apelación en sede del tribunal superior de Bogotá por decisiones del funcionario de control de garantías.

Con lo anterior, no se trata de argumentar la existencia de procesos con dimensiones distintas que operen bajo normativas diferentes, al contrario, los procesos en que el papel de Juez de Control de garantías es ejercido por un Juez Penal Municipal y los procesos en que dicho papel es ejercido por un Magistrado de la sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá son estructuralmente los mismos, por ello no se puede justificar una razón suficiente que haga legítima la exclusión por omisión legislativa de la doble instancia, la violación al derecho de defensa y la

⁶ El de competencia del juez de control de garantías- caso del juez municipal- y el del magistrado del tribunal superior de Bogotá en calidad de juez de control de garantías.

vulneración del debido proceso. Al contrario, dicha exclusión por vía de omisión legislativa denota ausencia de protección constitucional en la ruta obligada de necesidad de fortalecimiento de los derechos y garantías en el proceso penal.

Esta vulneración se hace todavía más evidente al observar en conjunto las competencias atribuidas Constitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia en cuanto al juzgamiento según el artículo 235, pero con precisión al estudiar el numeral 5, que es en el particular el caso donde opera la función de control de garantías, con omisión del derecho al juez de segunda instancia en vía de control de garantías así:

ARTICULO 235. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

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.

5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

Como puede verse, Constitucionalmente, existen tres grupos de casos asignados para que la Corte Suprema de Justicia sea la encargada de su juzgamiento, casos

clasificados según el órgano que ejerce la acción penal para la investigación y acusación y los sujetos destinatarios de esta.

Así pues, en cuanto al primer grupo de casos, esto es, el contemplado en el numeral 3 del artículo 235 Constitucional, es razonable que no aplique la figura de control de garantías a cargo de un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, esto en razón a que, de entrada, ni siquiera es aplicable los preceptos del Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado por la Ley 906 de 2004, pues el esquema procesal aplicable es el dispuesto en la Constitución artículos 174, 175, 178 numerales 3 y 4, y en la Ley 5 de 1992 el procedimiento contenido en el Título IV. De Las Disposiciones Especiales Del Senado De La República. Capítulo Cuarto. Del Juzgamiento De Altos funcionarios. Artículos 327 en adelante.

Se itera este esquema procesal está compuesto por disposiciones especiales, propias para dichos juicios, por lo que las instituciones propias del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) como el Juez de Control de Garantías, es inaplicable.

Ahora bien, tratándose del segundo grupo de casos, esto es, los contemplados en el numeral 4 del artículo 235 Constitucional, es razonable que tampoco cuenten con la figura de control de garantías a cargo de un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, esto en razón a que, como ocurre con el grupo de casos del numeral 3 del mismo artículo, no es posible la aplicación de los preceptos del Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado por la Ley 906 de 2004, toda vez que, la propia Ley 906 de 2004 en su artículo 533 estableció que para los miembros del Congreso seguía y sigue vigente la aplicación procesal de la ley 600 de 2000, así:

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 3⁷ del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.*

⁷ La referencia al numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política debe entenderse hoy al numeral 4, en razón a que, para el momento histórico en que fue publicada la Ley 906 de 2004 'Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal' Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004, no existía la modificación introducida al artículo 235 de la Constitución Política por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018, 'por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria', publicado en el Diario Oficial No. 50.480 de 18 de enero de 2018.

Es decir, la intención del Legislador era que la Investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso se realizara por un esquema procesal de corte inquisitivo, no acusatorio, toda vez que ambas funciones (instrucción y juzgamiento) recaen sobre un mismo ente, como es en este caso la Corte Suprema de Justicia.

Además de lo anterior, también existe una razón adicional que imposibilita la aplicación de los preceptos del sistema penal oral acusatorio introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004 para los grupos de casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 235 Constitucional, razón que se encuentra en la Sentencia C-403 de 2022 Magistrado Ponente JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJA:

“317. De igual forma, a partir de los antecedentes legislativos plasmados en la parte motiva de esta sentencia, para la Sala es palmario que al ejercer su poder reforma, a través del Acto Legislativo 3 de 2002, el Congreso no quiso sustraer esa competencia de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, así como tampoco fue su voluntad que el procedimiento penal aplicable en las causas seguidas en contra de los congresistas, fuera el de tendencia acusatoria. Como quedó en evidencia en el análisis hecho por la Sala, su voluntad fue la de que dicho modelo procesal se aplicara únicamente en aquellos eventos en los que es la Fiscalía General de la Nación la que ejerce el ius puniendi del Estado.

318. La antedicha afirmación no es novedosa, pues, como se indicó en precedencia, esta Corte, en sentencias como la C-873 de 2003, C-502 de 2005, C-591 de 2005 y C-456 de 2008, precisó el alcance de la reforma constitucional del año 2002, indicando que la reforma se circunscribió a los casos de competencia de la Fiscalía General de la Nación y que, además, se limitó a cambiar algunos artículos de la parte orgánica de la Constitución de 1991 (116, 250 y 251), mas no a modificar su parte dogmática.” (Subrayas fuera del texto original)

Se reitera, que vistos los dos anteriores grupos de casos (numerales 3 y 4 del artículo 235 Constitucional), es aceptable jurídicamente, que en ellos no opere la figura del Juez de Control de garantías y mucho menos la posibilidad de apelar las decisiones tomadas por este.

Sin embargo, aplicar esa misma exclusión a los casos contemplados en el tercer grupo (esto es, numeral 5 del artículo 235 Constitucional) es actuar sin racionalidad

legislativa, toda vez que a este grupo de casos si le es aplicable cabalmente los preceptos del Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado por la Ley 906 de 2004, incluyendo, claro está, la posibilidad de interponer recursos contra las providencias, sin más exclusiones, excepciones, límites, restricciones y salvedades que las que establece la propia Ley para todas las personas inmersas en un proceso penal.

En fin, para este numeral 5 del artículo 235 constitucional, es propia y obligatoria la figura de la función de control de garantías y por consecuencia el encargo legislativo atribuido a un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para la toma de decisiones que normalmente comprometen derechos y garantías de los indiciados e imputados, lo cual naturalmente conlleva a que deba existir el derecho a apelar las determinaciones tomadas por aquel y la precisión del órgano que resolverá en segunda instancia.

Grupo adicional de afectación por la omisión legislativa relativa

Además de los grupos de destinatarios de la acción penal citados anteriormente, es importante adicionar que la omisión Legislativa relativa, también afecta al grupo de destinatarios de la competencia de la Corte Suprema de Justicia regulado directamente por la Ley 906 de 2004 en su artículo 32 numeral 8:

ARTÍCULO 32. De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

(...)

8. Del juzgamiento del viceprocurador, vicesfiscal magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Tribunales, Procuradores delegados, Procuradores Judiciales II, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y Directores Seccionales de Fiscalía.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad, el Legislador estableció en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 el derecho a interponer recurso de Apelación contra los autos que afecten la libertad del procesado o que tengan efectos patrimoniales; y en el artículo 177 estableció el mismo recurso contra el auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento; la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado; la legalización de captura; el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes

de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares; el que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; y el que admite la práctica de la prueba anticipada.

No obstante, al reconocer y regular el derecho a interponer recurso de Apelación, pero no regular normativamente la competencia para avocar conocimiento de dicho recurso, cuando se trate de la función de control de garantías a cargo del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, surgen dos interpretaciones de la norma que reconoce el derecho a Apelar:

La primera apuntaría a que dicha disposición es una mera declaración formal que no permite producir consecuencias jurídicas cuando la función de control de garantías es ejercida por un Magistrado de la sala penal del Tribunal superior de Bogotá.

Por otro lado, habría una segunda interpretación, la cual apuntaría a que dicha disposición normativa si permite consecuencias jurídicas independientemente de quién ostente la función de control de garantías.

El anterior conflicto de interpretaciones encuentra solución en el principio hermenéutico del efecto útil, principio interpretativo reconocido y aplicado por la Corte Constitucional en las Sentencia C – 569 de 2004 Magistrado Ponente (E): Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES y Sentencia C - 792 de 2014 Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, principio en virtud del cual se debe elegir aquella interpretación que dote de efectos jurídicos al ordenamiento, y desechar aquellas que tienen el resultado contrario, por lo que debe optarse por la interpretación que si permite consecuencias jurídicas para la disposición que prevé el derecho a Apelar las providencias independientemente de quién ostente la función de control de garantías, por lo que el Legislador ha omitido un elemento esencial para poder ejercer plenamente el derecho fundamental al Debido Proceso, derecho de Defensa y derecho a la Doble Instancia.

3. CONTRA EL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - TUTELA JUDICIAL EFECTIVA -. Artículo 229 de la Constitución Política de 1991.

Se ha incurrido en violación al derecho a la **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** y a la **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA** (artículo 229 Constitución Política 1991),

entendidas estas en los términos establecidos por la Corte Constitucional en Sentencia C – 337 de 2016 Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO:

“El acceso a la administración de justicia -derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- ha sido catalogado como una necesidad inherente a la condición humana⁸. Además, ha sido considerado "expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado "⁹ y "pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho "¹⁰.”

En ese entendido, se configura la violación al derecho fundamental a la Administración de Justicia - Tutela Judicial Efectiva, toda vez que, si las decisiones tomadas mediante Autos por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que ejerza la función de control de garantías, no cuentan propiamente con un superior funcional designado por el legislador que pueda reconsiderar las decisiones vía apelación, las personas afectadas con dichas decisiones, quedaran en grave condición de desprotección y desamparo de justicia.

Sin duda ante el vacío por omisión legislativa relativa, queda en total incertidumbre la posibilidad de ejercer mecanismo de reproche alguno contra dichas decisiones, para que esta sea puesta a juicio de un segundo funcionario.

Vulneración que se hace más palmaria al considerar que la Corte Constitucional en Sentencia C - 792 de 2014 Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, al abordar la relación entre el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia puntualizó:

“(v) en cuanto a su objeto, mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de

⁸ "El acceso a la administración de justicia se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991". Sentencia T-476 de 1998. Cfr. Sentencia C-426 de 2002, entre otras.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002. Ver también las Sentencias C-059 de 1993, C-416 de 1994, C-037 de 1996, C-1341 de 2000, C-1 177 de 2005 y C-279 de 2013.

modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia; (vi) en cuanto a la finalidad, mientras el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, “la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”¹¹ (Subrayas fuera del texto original)

De lo anterior se extraen dos conclusiones, la primera, en cuanto al objeto de la doble instancia, indica explícitamente que esta “se predica del proceso como tal”, haciendo alusión a que no solo versa con respecto a la etapa de juicio, sino también la fase de investigación, dado que ambas etapas constituyen el proceso penal.

Por concepción lógica, sistemática y jurídica del proceso penal de la Ley 906 de 2004, no es concebible un proceso en el que exista juicio sin investigación, correspondiendo al Juez de Conocimiento la etapa de juicio y al Juez de Control de Garantías para la etapa de investigación, este último en lo particular frente al control de garantías y quien emite por lo regular decisiones restrictivas que afectan al imputado personalmente o sus bienes y también decisiones de autorización de actos de investigación vinculantes con los derechos y garantías fundamentales.

Por ende, no solo el juicio debe gozar de la garantía de doble instancia en cuanto a las decisiones tomadas por parte del juez de conocimiento, sino también la fase de investigación en lo que corresponde a decisiones del juez de control de garantías.

La segunda que se extrae con respecto a la doble instancia, pues tiene que ver con su finalidad, pues explícitamente se indica que esta busca “garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”, finalidad que se ve frustrada en la medida en que a pesar de que una decisión tomada por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que ejerza la función de Control de Garantías siempre tendrá la probabilidad de afectar derechos y garantías fundamentales del procesado, frente a esta afectación no existe regulación legal sobre quien deberá revisar y corregir en sede de segunda instancia en búsqueda de decisión justa.

¹¹ Sentencia C-345 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Si bien puede llegarse a plantear la posibilidad de controvertir dichas decisiones mediante mecanismos extraordinarios alternativos al recurso de apelación, como es la Tutela contra providencia judicial con el fin de asegurar el acceso a la administración de justicia y a la Tutela judicial efectiva, lo cierto es que, al igual que se discutió en la Sentencia C - 792 de 2014 Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, este mecanismo no es óptimo para reemplazar un recurso ordinario como la apelación:

“En efecto, mientras a la luz de la Carta Política y de los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad, en eventos como este el condenado debe tener la posibilidad de recurrir la sentencia incriminatoria por medio de un recurso equivalente a la apelación, la Ley 906 de 2004 no otorga un recurso semejante, sino únicamente herramientas procesales de alcance y utilidad reducida, como el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales, o la acción de revisión, que no dan lugar a un nuevo examen integral del caso, sino únicamente al análisis del fallo judicial atacado por el condenado a partir de un conjunto cerrado y limitado de vicios establecidos previamente en el derecho positivo.

(...)

La Corte Constitucional, por su parte, no ha abordado expresamente esta cuestión, y por ello el interrogante ha sido respondido de manera intuitiva, y en ocasiones ambigua. Es así como en algunas oportunidades ha considerado que las herramientas procesales extraordinarias como la acción de tutela contra providencias judiciales o el recurso extraordinario de casación constituyen vías procesales idóneas para el ejercicio del derecho a la impugnación, pero sin indagar sobre el alcance de tales dispositivos ni sobre su compatibilidad con los estándares básicos de tal prerrogativa constitucional. En otras ocasiones, en cambio, este tribunal ha concluido que para garantizar el derecho a la impugnación se requiere de un dispositivo procesal equivalente a la apelación, para que se active una nueva instancia; esta conclusión, sin embargo, tampoco se ampara en una definición previa del alcance del derecho a la revisión de los fallos condenatorios, sino en la asimilación de la garantía de la doble instancia con esta otra prerrogativa constitucional.

(...)

Por su parte, por razones análogas a las expuestas para evidenciar la insuficiencia del recurso extraordinario de casación frente a los estándares

del derecho a la impugnación, el amparo contra providencias judiciales tampoco constituye una herramienta sustitutiva del recurso de apelación: (i) primero, como por principio esta acción tiene un carácter excepcional, claramente a través suyo no se puede garantizar que toda sentencia que impone por primera vez una condena en el marco de un proceso penal, sea susceptible de revisión; (ii) al igual que en la casación, el examen recae sobre el fallo impugnado y no sobre la controversia de base, existe un repertorio cerrado de causales de procedencia a la luz de las cuales se efectúa el análisis de la providencia, y en principio, el análisis se circunscribe a la valoración de las irregularidades y falencias identificadas previamente por el accionante. Aunque la amplitud de las causales de procedencia dota al juez de tutela de un significativo margen de maniobra, en cualquier caso el amparo no está orientado a materializar el derecho a la impugnación, sino a revisar fallos judiciales cuyos yerros graves, abiertos, flagrantes e indiscutibles, tienen trascendencia constitucional.

8.6. La Corte toma atenta nota de la circunstancia de que tanto en el contexto del recurso extraordinario de casación, como en el de las acciones de tutela, las prácticas institucionales se han orientado a otorgar flexibilidad y amplitud a estos mecanismos, a efectos de garantizar la corrección de las decisiones judiciales, y con ella, la vigencia de los derechos y garantías.

Pese a lo anterior, estas prácticas institucionales han operado a modo de correctivo frente a un diseño normativo que de por sí es restrictivo, y que por su propia naturaleza, no está orientado a que el juez efectúe una nueva revisión del caso, ni de todos los elementos fácticos, probatorios y jurídicos que inciden en la decisión judicial. Por ello, aunque en casos puntuales y específicos el juez de casación o el juez de tutela actúen con especial flexibilidad para que el examen de la decisión judicial atacada tenga la mayor amplitud posible, la circunstancia anterior no elimina las limitaciones del diseño normativo, y por ende, la Corte no podría ampararse en tales prácticas para desconocer estas restricciones cuyo control constitucional le corresponde.” (Subrayas fuera del texto original)

Visto lo anterior, sería posible como alternativa para zanjar el vacío jurídico, entender que, en pro de proteger los derechos vulnerados y posibilitar el ejercicio del recurso de apelación contra los autos emitidos por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que ejerce la función de Control de Garantías, entender que puede avocar el conocimiento de dicho recurso y resolver algún Juez,

Magistrado o Corporación Judicial; sin embargo esta interpretación sería equivocada, toda vez que al hacerlo, se incurre en una violación al artículo 121 de nuestra Constitución Política de 1991 dado que, al no haber consagrado expresamente la ley sobre cual autoridad pública ostenta la competencia para conocer del recurso de apelación en esos casos, ninguna autoridad puede hacerlo; ya que la autoridad que asuma el conocimiento de dicho recurso estaría contrariando los artículos 6 constitucional (por extralimitación de sus funciones) y 122 constitucional (pues no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento) ibídem.

Incurrir en el mencionado error se hace más probable en la medida en que nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 235 numeral 2 indica:

ARTICULO 235. *Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

(...)

2. *Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.* (Subrayas fuera del texto original)

Esta disposición otorga competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer del recurso de Apelación; sin embargo, es preciso aclarar que este artículo no hace referencia al recurso de apelación contra autos proferidos en función de control de garantías, sino que hace referencia a providencias proferidas en función de conocimiento, omitiendo toda referencia específica como debe ser por principio del juez natural a los autos proferidos por los Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando ejerzan la función de control de garantías. Además la norma anterior precisa de la necesidad de desarrollo por vía de ley

La interpretación en el sentido anterior denota complejidad y así se evidencia en la respuesta al derecho de petición que fuera formulado al Tribunal Superior de Bogotá sala Penal el día 9 de mayo del presente año 2023¹², en el siguiente sentido:

Se preguntó al tribunal:

¹² El referido derecho de petición formulado al Tribunal Superior de Bogotá sala Penal el día 9 de mayo del presente año 2023 se encuentra dentro de los anexos de la presente demanda.

“¿Qué autoridad actualmente está avocando conocimiento de los recursos de Apelación interpuestos contra los Autos proferidos por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando éstos ejercen la función de Juez de Control de Garantías? ¿Y con base en qué Norma está asignada dicha competencia?”.

Ante esta petición la respuesta del Tribunal Superior de Bogotá sala Penal mediante Oficio 665 GTCT T10 del 12 de mayo de 2023¹³ fue la siguiente:

*“Por lo expuesto, cuando algún Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior ejerza funciones como Juez de Control de Garantías, y la decisión que adopte sea susceptible de Recurso de Apelación, el superior Jerárquico para conocer de la alzada de es la H. Corte Suprema de Justicia, conforme la jerarquía que ostenta la Rama Judicial, artículos 31 y 32- ley 906 de 2004-
.”*

Sin embargo, la postura Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal difiere rotundamente con respecto a ese pensamiento, dado que su postura, reiterada en múltiples pronunciamientos (CSJ AP, 27 de junio de 2007, Rad. 27488; AP1284-2015 del 11 de marzo de 2015 Rad. 45293; AP3307-2017 del 24 de mayo de 2017 Rad. 50217; AP7397-2017, del 1 de noviembre de 2017 Rad. 51102; AP4702-2018 del 31 de octubre de 2018 Rad. 54051; AP3780-2019 del 6 de septiembre de 2019 Rad. 55965), desde el inicio de la implementación del sistema penal acusatorio, ha sido la de declarar improcedente el recurso de Apelación con respecto a los Autos emitidos por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá cuando desempeña función de control de garantías toda vez que la Ley no ha asignado competencia para avocar conocimiento sobre esos recursos.

Tampoco es posible interpretar que sea la Sala en pleno del Tribunal Superior de Bogotá la autoridad competente para conocer del recurso de Apelación sobre decisiones tomadas por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que ejerza la función de control de garantías, pues la Ley 906 de 2004 en sus artículos 33 y 34 fija la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, pero en dichos artículos no se hace mención o precisión alguna respecto a que dichos órganos colegiados conozcan de dicho recurso en vía de apelación con respecto a Autos proferidos por alguno de sus Magistrados en la función de control de garantías .

¹³ La referida respuesta del derecho de petición emitida por el Tribunal Superior de Bogotá sala Penal mediante Oficio 665 GTCT T10 del 12 de mayo de 2023 se encuentra dentro de los anexos de la presente demanda.

Mucho menos se puede interpretar ante esta laguna jurídica -omisión legislativa relativa-, que el competente para desatar el recurso de apelación sea un Juez Penal del Circuito quién conocería del recurso de Apelación interpuesto contra un Auto proferido por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que ejerza la función de control de garantías, esto por dos motivos, el primero es que el artículo 36 de la Ley 906 de 2004 numeral 1 sólo prevé que los Jueces Penales del Circuito conocen del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces que ejerzan la función de control de garantías, pero limitándose solo a los Jueces Penales Municipales (que son quienes generalmente ejercen dicha función); y el segundo motivo, es que un Juez Penal del Circuito es inferior funcional con respecto a un Magistrado de la sala Penal de Tribunal Superior de Distrito Judicial, por lo que se rompería la naturaleza de la apelación.

4. CONTRA LA PROTECCIÓN JUDICIAL. Artículo 25 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) (Ley 16 de 1972 - BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD).

Se ha incurrido en violación a la **PROTECCIÓN JUDICIAL** (artículo 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos), esto teniendo como punto de partida que el numeral 1 del artículo 25 de la Convención establece para los Estados parte:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
(Subrayas fuera del texto original).

Como puede verse, este numeral traído a contexto, alude a tres aspectos esenciales: (i) debe existir el derecho a un recurso, (ii) recurso que debe estar disponible contra actos que afecten derechos fundamentales y (iii) dicho recurso debe poder ser invocado aun cuando la afectación sea realizada por servidor público en ejercicio de sus funciones; por lo que se pasara a analizar cada uno de estos tres aspectos.

Así pues, es innegable que el numeral hace referencia a que debe existir un recurso disponible para todas las personas, recurso que pueda ser invocado indistintamente de quién se trate, que pueda ser formulado y sustentado ante decisiones que afectan derechos fundamentales del procesado durante el proceso penal, es por eso, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cantos Vs. Argentina Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas) aclaró que:

“52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley¹⁴. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”¹⁵, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad¹⁶, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido¹⁷. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.”

¹⁴ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

¹⁵ Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163. Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin, supra nota 5, párr. 163; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234.

¹⁶ Cfr., Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 186; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 96, párrs. 111-113; y Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 90.

¹⁷ Cfr., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 96, párr. 112; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 134; y Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90. En igual sentido, vid. Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom, Judgment of 3 April 2001, para. 122, 131.

Así mismo, en pro de brindar claridad con respecto a los estándares Convencionales que deben cumplir los recursos que buscan la protección contra afectaciones a derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo) estableció:

“63. El artículo 46.1.a) de la Convención remite “a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.

64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. (...)

66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. (...)

68. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido.”
(Subrayas fuera del texto original).

Visto lo anterior, es entonces posible concluir que la omisión en la que ha incurrido nuestro Legislador es violatoria de la Convención, toda vez que, aunque formalmente si consagró un mecanismo para poder controvertir las decisiones tomadas por el Magistrado con función de control de Garantías (como es el recurso de apelación contra sus Autos ya que éstas decisiones afectan derechos fundamentales), dicho mecanismo consiste en una mera declaración formal, dado que materialmente no puede ser invocado, haciendo que las afectaciones a los

derechos fundamentales de las personas sean vulneradas sin posibilidad de acudir a un Juez, Tribunal o Corte que reconsidere la medida tomada.

Es decir, al comparar la situación actual con los estándares Convencionales indicados por la CIDH, el recurso no es adecuado ni efectivo, es decir, no se brinda a la persona la posibilidad real de interponer dicho recurso, en razón a que existen aspectos normativos (como es la ausencia de regulación de competencia) que impiden hacer uso del recurso, constituyendo así una violación del derecho al acceso a la justicia, haciendo nugatorios los intereses del procesado.

Si bien, en Colombia hemos adoptado el mecanismo de Tutela como forma de protección de derechos fundamentales (Constitución Política de 1991 artículo 86), mal se haría al entender que la Tutela es el único mecanismo mediante el cual se alcanza la anhelada protección, pues no puede perderse de vista que la acción de Tutela se rige por el PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD el cual nace de nuestra misma constitución Política, dado que el tercer inciso del artículo 86 superior establece:

ARTICULO 86.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (Subrayas fuera del texto original)

Es por eso por lo que, si la finalidad es proteger derechos fundamentales y como la acción de amparo tiene carácter subsidiario, la primera medida de protección antes de acudir a la acción de Tutela es la vía ordinaria, es entonces que el recurso ordinario de Apelación que también busca proteger los mismos derechos fundamentales (libertad, intimidad, debido proceso por mencionar algunos) se ve comprendido en la situación descrita del artículo 25 de la CADH.

Continuando el análisis del artículo 25 de la CADH, la omisión se torna especialmente lesiva al verificar el numeral segundo, dado que trata el tema de la obligatoriedad que tiene los Estados parte de regular la competencia para conocer de los recursos interpuestos por las personas en busca de proteger sus derechos fundamentales, así:

Artículo 25. Protección Judicial

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como puede verse, tanto los literales a, b y c del numeral segundo del artículo 25 de la CADH han sido incumplidos, dado que no es posible predicar que se garantiza que la autoridad competente decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, en razón a que no existe autoridad con competencia para conocer de la alzada; igualmente se ha incumplido con el aspecto de desarrollar las posibilidades de recurso judicial, puesto que consagrar los recursos pero no la competencia imposibilita la invocación de los mismos; y por último, tampoco es posible garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, dado que siempre será improcedente un recurso sin autoridad destinataria del mismo.

IV. CONCLUSIONES

Como pudo apreciarse a lo largo de la demanda, efectivamente existe un vacío normativo que necesariamente debe ser completado, pues sin duda alguna el Legislador incurrió en una **OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA** al regular el parágrafo 1 del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, pues al consagrar que la función de control de garantías es ejercida por un Magistrado de la sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, **NO ESTABLECIÓ QUIÉN AVOCARÍA EL CONOCIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LOS AUTOS PROFERIDOS** por éste Magistrado de la sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando ejerza la función de control de garantías.

Dada la configuración orgánica del poder judicial en Colombia, dentro de la Jurisdicción Ordinaria el único superior funcional de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial es la Corte Suprema de Justicia, es por ello por lo que ésta sería la única autoridad competente para poder avocar conocimiento en segunda instancia del control de garantías, sin embargo se requiere precisión sobre que estructura orgánica de dicha Corte Suprema sería la llamada a recibir y resolver sobre tal

recurso, pues las dinámicas de funcionamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia han cambiado por virtud del acto legislativo 01 de 2018.

V. PRETENSIÓN

Por todo lo anterior, me permito de forma respetuosa solicitar a la Honorable Corte Constitucional que, de la norma demandada por **OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA** se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** en el entendido que el recurso de apelación interpuesto contra los autos proferidos por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando ejerza la función de Juez de Control de Garantías será de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia como superior funcional del Tribunal.

VI. COMPETENCIA

En cumplimiento del numeral 5 artículo 2 del Decreto-Ley 2067 de 1991, es la Corte Constitucional competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, toda vez que la presente demanda se dirige contra una Ley ordinaria por vicios materiales por ser contraria a la Constitución.

VII. ANEXOS

1. Copia de la cedula de ciudadanía junto con la demanda con el fin de acreditar la condición de ciudadano que actúa como demandante, en razón a que este se trata de un requisito indispensable para ejercer el derecho político a interponer la acción pública de inconstitucionalidad (Arts. 40, numeral 6, y 241 de la Constitución Política).
2. Derecho de petición enviado al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá sala Penal.
3. Respuesta del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá sala Penal al derecho de petición enviado.

VII. NOTIFICACIONES

Dirección: CR 39A # 82 – 39 Barrio Manrique (Medellín – Antioquia)

Correo electrónico: simonrcp1@gmail.com

Teléfono: (604) 5711012

Celular: (+57) 3193506015

Del señor Juez

Atentamente

Nombre del accionante: **SIMÓN ROJAS COSSIO**¹⁸

Documento de identificación: C.C. **1.214.743.524**

¹⁸ Coadyuvan en la estructuración de la demanda los abogados PhD Luis Orlando Toro Garzon y David Mendieta González.

Señores

Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal

Bogotá D.C,

Asunto: Derecho de Petición. Consulta sobre competencia.

Respetados señores:

Yo, **SIMÓN ROJAS COSSIO**, identificado con cedula de ciudadanía número 1.214.743.524 de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 1755 de 2015, comedidamente me permito presentar la petición que más adelante se describe.

PETICIÓN

Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal, me dirijo hacia ustedes para solicitar respetuosamente, se me indique:

¿Qué autoridad actualmente está avocando conocimiento de los recursos de Apelación interpuestos contra los Autos proferidos por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando éstos ejercen la función de Juez de Control de Garantías? ¿Y con base en qué Norma está asignada dicha competencia?

FINALIDAD

Lo anterior lo requiero para:

Tener claridad con respecto a quién conoce del recurso de Apelación interpuesto contra los Autos proferidos por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando éstos ejercen la función de Juez de Control de Garantías en los supuestos indicados en el Parágrafo 1 del Artículo 39 de la Ley 906 de 2004 como se indica a continuación:

“LEY 906 DE 2004

(noviembre 26)

Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004
Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

(...)

Artículo 39. DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS.

PARÁGRAFO 1. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.”

Esto en razón a que, la Ley 906 de 2004 en su Artículo 177 establece los Autos que son Apelables en efecto devolutivo, Autos que, por la naturaleza de los asuntos que deciden, corresponden al Juez de Control de Garantías, por lo que existe el derecho a interponer recurso de Apelación contra dichos Autos; sin embargo, la propia Ley 906 de 2004 no indica quién es la autoridad competente para conocer de dicho recurso de Apelación cuando los Autos son emitidos por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando ejerce la función de Juez de Control de Garantías.

NOTIFICACIÓN

Correos electrónicos:

simonrcp1@gmail.com

srojas524@soyudemedellin.edu.co

Dirección de correspondencia (Por favor, no enviar copia física):

CR 39A # 82 – 39 Barrio Manrique – Medellín – Manrique

Teléfono: (604) 5711012

Celular: (+57) 319350601

Cordialmente,

Nombre del peticionario: SIMÓN ROJAS COSSIO

Documento de identificación: C.C. 1.214.743.524

(Adjunto copia de mi cedula de ciudadanía para efectos de identificación y acreditación de la condición de ciudadano)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ



SALA PENAL SECRETARIA

Avenida La Esperanza Calle 24 No.53-28 oficina 306 Torre C

Telefax 4233390 4055200 extensiones 8364 a 8370

secsptribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, 12 de mayo de 2023.

Oficio 665 GTCT T10

Señor

SIMÓN ROJAS COSSIO

PETICIONARIO

Referencia: Respuesta Derecho de Petición.

Cordial saludo.

En atención a la petición por usted elevada el día 09 de mayo de 2023 a esta Corporación, vía correo electrónico, en el que solicita le sea informado "*¿Qué autoridad actualmente está avocando conocimiento de los recursos de Apelación interpuestos contra los Autos proferidos por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá cuando éstos ejercen la función de Juez de Control de Garantías? ¿Y con base en qué Norma está asignada dicha competencia?*".

En primera instancia es de indicar que, el artículo 153 ibídem, señala que "*(l)as actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías*". Así mismo, el artículo 39, parágrafo 1 de la ley 906 de 2004, dispone "**...PARÁGRAFO 1º. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá**".

En ese sentido, conforme lo reiterado por la Jurisprudencia, si la solicitud se realiza previo al sentido del fallo dado por el *A quo*, la diligencia la debe conocer los Juzgados de Control de Garantías, empero, si la diligencia de garantías se formula posterior la decisión de primera instancia, la solicitud la deberá conocer el Juzgado de Conocimiento. ¹

Por lo expuesto, cuando algún Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior ejerza funciones como Juez de Control de Garantías, y la decisión que adopte sea susceptible de Recurso de Apelación, el superior Jerárquico para conocer de la alzada de es la H. Corte Suprema de Justicia, conforme la jerarquía que ostenta la Rama Judicial, artículos 31 y 32- ley 906 de 2004-.

También es de tener en cuenta que la H. Corte posee dos Salas, una Sala denominada de Especial Instrucción y la otra Sala denominada de Primera Instancia, a la cual,

¹ AP4602-2016 (48349)

dependiendo del caso y de la competencia, le serán remitidas las diligencias para conocimiento y fines pertinentes.

Por último, es de indicar que la Corte Suprema de Justicia, respecto al artículo 177, párrafo 1 del C.P.P., ha indicado que, al concederse la alzada en efecto devolutivo, la autoridad que concede el recurso queda suspendido de su competencia, no obstante, dicha suspensión solo procede respecto de *"aspectos o temáticas objeto de impugnación con relación a los cuales la competencia suspendida es asumida por el Tribunal de segunda instancia o la Corte en sede de Casación. Por el contrario, el despacho de primera instancia conserva la facultad de decidir las peticiones de libertad o similares que no hayan sido materia del recurso. (Cfr. CSJ AP, 07 Oct 2015, Rad. 46718 y CSJ AP, 06 Jul 2016, Rad. 48310)"*.² En ese sentido, en el caso en concreto, la autoridad que queda con la competencia suspendida llegaría a ser el Tribunal Superior, puesto que fue la autoridad que concedió el recurso, a la luz de los artículos 153 y 39 de la ley 906 de 2004.

En este sentido se da respuesta al derecho de petición promovido.

Cordialmente,

(FIRMADO EN ORIGINAL)

GABRIELA CESPEDES TOVAR
ESCRIBIENTE T10

² AP4602-2016 (48349)