



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

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA EN CONTRA DEL ARTÍCULO 77 DE LA LEY 23 DE 1981.

1 mensaje

EDGAR SAAVEDRA <esaaro@outlook.com>

6 de julio de 2020, 12:01

Para: "secretaria3@corteconstitucional.gov.co" <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Honorable Magistrados:

Corte Constitucional

Doctor:

Alberto Rojas Ríos

Presidente

La ciudad.

Honorable Magistrado,

Con el respeto acostumbrado a la Honorable Corporación Judicial a la cual me dirijo, me permito enviar a usted la demanda de inconstitucionalidad citada en la referencia, la cual presentó ante su digno despacho en formato PDF, como vínculo de ONE DRIVE, habida cuenta que el tamaño del documento sobrepasa la capacidad permitida de envíos en mi cuenta de correo.

<https://1drv.ms/b/s!AgMceW8OXkufmEqFqzRWj00CxFwe?e=B3mFwz>

De considerar que escogí el canal inadecuado para presentar la presente demanda, le ruego el favor de enviarla a la dirección electrónica del competente para su recepción.

De antemano le agradezco su atención y deferencia,

Del Honorable Magistrado, con toda atención,

Edgar Saavedra Rojas
CC. 8.244.232 de Medellín
TP. 4.523 CSJ.

Sr. Presidente:
Dr. ALBERTO ROJAS RÍOS.
Corte Constitucional.
Honorables Magistrados.
Bogotá. D. C.

Referencia.: Acción Pública de inconstitucionalidad, demanda contra el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, promulgada el 27 de febrero de 1981, en el Diario Oficial No. 35.711 que comenzó a regir a partir de esa fecha.

Edgar Saavedra Rojas, ciudadano en ejercicio, identificado con la C.C. Nro. 8.244.232, expedida en Medellín; profesionalmente identificado como abogado, con la T. P. Nro. 4.523 del Consejo S. de la J, haciendo uso de la acción pública de constitucionalidad prevista en los artículos 241 y 242 de la Carta, demando el artículo 77, de la Ley 23 de 1981, por estimar que vulnera principios de la Constitución Política de Colombia y de los Tratados de Derechos Humanos, Pacto Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforman el Bloque de Constitucionalidad, previstos en la Ley 74 de 1968 y la Ley 16 de 1972, respectivamente.

CAPÍTULO I. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Honorable Corte Constitucional es la competente para conocer de esta demanda, porque se cuestiona parcialmente, el art. 77, de la Ley 23 de 1981 en su constitucionalidad, ley ordinaria aprobada por el Congreso de la República, sancionada por el Presidente de la



República y publicada en el Diario Oficial del 27 de febrero de 1981, Nro. 35.711.

Esta competencia está determinada en el art. 241, numeral 4 de la Carta Política al determinarse:

“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”.

CAPÍTULO II. ACUMULACIÓN DE DEMANDAS.

Conforme a lo previsto en el decreto 2067 de 1.991 Art. 5º, en caso de que exista coincidencia total o parcial de esta demanda con otra y en relación con la norma acusada, les ruego se sirvan acumular las mismas.

CAPÍTULO III. LA NORMA DEMANDADA.

La norma parcialmente demandada es la siguiente:

“ARTICULO 77. En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, **podrán** asesorarse de abogados titulados.” (Lo destacado en negrilla es el aparte demandado).

CAPÍTULO IV. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

La Corte Constitucional deberá resolver si la expresión “**podrán**” que consagra el art. 77 de la ley 23 de 1981 se ajusta a las previsiones del art. 29 de la Carta Política y si la misma como parte de la frase “**podrán** asesorarse de abogados titulados” constituye una facultad de la cual puede hacer o no uso el disciplinado o, por el contrario, es un derecho irrenunciable e inderogable por ser parte integral del debido proceso en su componente del derecho de defensa, lo que implica que todo disciplinado debe estar siempre asistido por un abogado para que ejerza su defensa técnica.

Igualmente la Corte Constitucional deberá resolver como se concilia el hecho de un derecho a la defensa potestativo en este proceso disciplinario, con la existencia de otros procesos disciplinarios, en los que este derecho es imperativo.



CAP. V. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El derecho a la defensa técnica en toda actuación judicial o administrativa es un derecho que hace parte del debido proceso y, por tanto no puede ser relativizado ni dejar su reconocimiento a la discreción del funcionario investigador o del disciplinado. Las razones son las siguientes:

A) La Carta Política, art. 29 indica que “quien sea sindicado **tiene derecho** a la defensa y **a la asistencia de un abogado** escogido por él”. La conjunción copulativa “y” utilizada en esta oración indica la coexistencia de dos entidades o características referidas al sindicado: que tiene derecho a la defensa (defensa material) “y” a la asistencia de un abogado escogido por él (defensa técnica). En consecuencia, por mandato constitucional toda persona investigada en actuación judicial o administrativa tiene derecho a defenderse “y” a la asistencia de un abogado escogido por él. Por tanto, por vía judicial o administrativa no es posible utilizar el término “podrán” como sinónimo de la conjunción “o” para hacer del derecho de defensa un derecho menguado o relativo al cual se pueda renunciar. Es por esta razón que la palabra “podrán”, inserta en la Ley artículo 77 de la Ley 23 de 1981, debe ser retirada del ordenamiento jurídico porque viola el art. 29 de la Carta Política el cual contiene un derecho integral, a lo largo de todo el proceso, irrenunciable e intangible que hace parte del debido proceso.

B) Además, el derecho a la defensa, es uno de los elementos que conforman el debido proceso constitucional, enunciado en el primer inciso del artículo 29 de la Carta, en la que de manera imperativa se impone que el mismo deberá ser aplicado a toda clase actuaciones judiciales o administrativas, y es obvio que tal expresión comprende los procesos administrativos, uno de los cuales es el previsto para la investigación y juzgamiento de los médicos por faltas a la ética profesional.

C) La Carta Política garantiza el derecho de defensa material y técnica, pero en caso de existir conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella. (art.130 del C. de P. Penal), norma que es aplicable al proceso disciplinario. Pero esta no es una norma cualquiera, lo que en ella se ratifica es el derecho a la defensa técnica que puede ser ejercida únicamente por quien es abogado y en caso de conflicto o controversia entre el abogado y el médico disciplinado prevalecen los criterios del abogado porque la Constitución y la ley entienden que es el profesional que, de mejor forma, puede garantizar los derechos de su cliente por poseer los conocimientos especializados. Si esto es así, hay que

concluir y aceptar que el derecho a tener un abogado en cualquier actuación judicial o administrativa es un derecho permanente, a lo largo de todo el proceso, e irrenunciable que no puede relativizarse bajo ningún argumento y que la palabra "podrán", inserta en la Ley artículo 77 de la Ley 23 de 1981, debe ser retirada del ordenamiento jurídico porque viola el art. 29 de la Carta Política el cual garantiza un derecho integral e intangible que hace parte del debido proceso.

D) La palabra "podrán" viola el principio de igualdad consagrado en el art. 13 de la Carta Política, porque si como lo ha reconocido la Corte Constitucional al interpretar el art. 29 de la Carta Política, las normas del derecho penal se aplican a los procesos disciplinarios, se tendrá como resultado que en muchos procesos disciplinarios como aquellos que adelanta la Procuraduría General de la Nación o las oficinas de control interno de las entidades públicas sí es obligatorio que el investigado esté asistido de un abogado defensor, mientras que en este proceso y como consecuencia de la palabra "podrán" queda a discreción del investigador o del disciplinado exigir la presencia del defensor abogado. Por lo tanto, el proceso disciplinario que se adelanta en contra de los médicos se convierte en un proceso en donde el disciplinado no goza de las mismas garantías de defensa que sí ofrecen procesos de igual estirpe, lo cual no sería aceptable desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-438 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha sostenido en relación con el derecho sancionatorio:

"Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada "derecho administrativo disciplinario". Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.



Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

"Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa".

En consecuencia, se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas." (Negrillas y subrayado fuera de texto)

CAPÍTULO VI. LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE SON INFRINGIDAS.

A) LAS NORMAS VULNERADAS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

La norma infringida de la Constitución Nacional es el artículo 29 en varios de sus apartes:

"ARTÍCULO 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." (Los apartes destacados son los infringidos por la norma que se demanda).

B) LEY 74 DE 1968. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 14.

"1. ARTÍCULO 14º.

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 actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

(.....)

3. Durante el proceso la persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y **a comunicarse con un defensor de su elección;**

e. A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente **o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;**

(.....)

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país." (Los apartes destacados son los conculcados con la norma que se demanda).

C) LEY 16 DE 1972. CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 8.

"1. ART. 8º. GARANTÍAS JUDICIALES 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro 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, o de cualquier otro carácter.**

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. **Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:**

(.....)



d. *Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e. *Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

(....)

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia." (Los apartes destacados son los conculcados con la norma que se demanda).

CAPÍTULO VII. DE LA INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO DEMANDADO.

Para que exista cosa juzgada constitucional, es necesario que exista un pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional, mediante el cual **definitivamente y de manera concreta** se haya resuelto un asunto llevado a su conocimiento por medio de la acción de constitucionalidad, pues de no existir una decisión de tales características, ésta no existirá.

Pese a que se han presentado y resuelto dos demandas de inexecuibilidad contra el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, no existe cosa juzgada constitucional, porque en la primera sentencia no hubo consideraciones sobre la inconstitucionalidad del mencionado artículo, ni se tomó ninguna decisión en relación con el mismo en la parte resolutive.

En la segunda sentencia en la parte considerativa se formularon argumentaciones favorables al derecho a la defensa en el proceso disciplinario médico, pero no hubo ninguna consideración sobre la posibilidad de que la defensa técnica del disciplinado pudiera ser facultativa, y por tanto un derecho renunciabile.

La primera sentencia de constitucionalidad que se dictó en relación con esta norma es la siguiente:

Sentencia número 4. Aprobada en Bogotá, el 31 de marzo de 1982. M. P. Luis Carlos Sáchica.

Las normas demandadas fueron el artículo 28, parágrafo; 32, 37, 57, 53, 60, y el Título III, Capítulos I, II, y III de la Ley 23 de 1981. En los capítulos del Título III demandados se encuentra el artículo 77, que ahora se cuestiona en su constitucionalidad.



En las consideraciones se dijo en relación a la constitucionalidad de los Capítulos I, II, y III del Título III, de la Ley 23 de 1981 lo siguiente:

"Estas disposiciones no están impidiendo la divulgación de conocimientos y experiencias científicas en el campo médico; simplemente disponen que esa divulgación sea hecha por medios adecuados y en forma responsable, para evitar engaños, improvisación, sensacionalismo, que puedan inducir a error a los usuarios del servicio médico. La libre investigación y la libre difusión del saber, quedan incólumes.

Estas mismas consideraciones sirven para calificar como constitucionales las disposiciones de los Capítulos I, II y III del Título III de la Ley que se examina, puesto que un estatuto regulador de la ética en el ejercicio profesional de la medicina sin un régimen disciplinario y unos órganos de control que lo apliquen, sería puramente teórico."

Finalmente, pese a lo sostenido en la parte considerativa, antes destacado, en la parte resolutive nada se resolvió sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Capítulos I, II, y III del Título III, de la Ley 23 de 1981, dentro de los que se encuentra el ahora demandado artículo 77. En la resolutive se dijo:

1°. SON EXEQUIBLES los artículos 28, Parágrafo; 32 en la parte que dice: 'No debe el médico procurar conseguir para sí empleos o funciones que estén siendo desempeñados por otro colega; 37, primer inciso; 57, primer inciso; 59 y 60, primer inciso, y 80 a 94 de la Ley 23 de 1981.

2°. DECLARAR INEXEQUIBLE la parte del artículo 32 de la Ley 23 que dice: 'Es censurable aceptar un cargo desempeñado por otro colega que haya sido destituido sin causa justificada, salvo que se trate de un empleo de dirección y confianza', y

3° ABSTENERSE DE FALLAR en el fondo sobre la constitucionalidad del artículo 37 de la misma Ley 23.

Cópiese, publíquese, comuníquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente".

Obsérvese que nada se dice sobre la constitucionalidad de los Capítulos I, II y III del Título III, de la Ley 23 de 1981, ni tampoco nada se resolvió sobre la exequibilidad de los artículos 62 a 94, contenidos en los artículos de los Capítulos I, II y III del Título III, de la ley 23, entre los que se encuentra el ahora demandado artículo 77, de manera parcial. Curiosamente se declaró la exequibilidad de los artículos 80 a 94, pero esta decisión excluye el ahora demandado artículo 77.

Es elemental que con la anterior decisión no se puede hablar de la existencia de la cosa juzgada constitucional, porque en la parte considerativa no se hizo ninguna argumentación en relación con la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ley 23 de 1981, y porque en la parte resolutive nada se resolvió en relación con esta norma, y menos aún, nada se dijo en relación con la posibilidad de un derecho a la defensa facultativo, en el proceso médico disciplinario.



Es una extraña demanda, y una curiosa decisión, porque se demandan en bloque los Capítulos I, II y III del Título III, de la Ley 23, capítulos que comprenden 32 artículos de la ley, del 62 al 94, siendo el último de ellos el artículo que establece la vigencia de esa norma y con el que finaliza la misma. En estos tres capítulos está todo lo relacionado con la creación de los Tribunales de Ética Médica, la elección de los magistrados, al igual que su condición jurídica, todo lo relacionado con el procedimiento disciplinario y toda la parte punitiva de la Ley.

Es claro que esta demanda no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la normatividad y la jurisprudencia de esa Corporación, en cuanto a que no se formulan ni sustentan los cargos, por los cuales el demandante supuestamente considera que cada una de las normas demandadas infringe los preceptos de la Carta Política. Esta demanda desconoce las razones por las cuales se consideran contrarios a la Constitución esos 32 artículos.

En la parte inicial del fallo se sintetizan los argumentos del demandante en relación con estos numerosos artículos de la siguiente manera:

“e. Ataca las normas de los Capítulos I, II y III, Título III, de la Ley acusada, porque al establecer el Tribunal Nacional de Ética Médica y los Tribunales Seccionales encargados del régimen disciplinario de los profesionales de la medicina y dictar las prescripciones reguladoras de los respectivos procesos disciplinarios y el correspondiente régimen de sanciones, se violan las disposiciones del Título XV de la Constitución que establecen las calidades de Magistrados y Jueces, entre las cuales está la de ser abogado titulado, y los artículos 23 y 26 del mismo estatuto en cuanto no están definidas las conductas que acarrearán sanción por ser contrarias a la ética de aquella profesión, y por autorizar sanciones equivalentes a las de los delitos, sin prescribir su aplicabilidad. Agrega que la administración de justicia es una función que sólo puede ser ejercitada, según los artículos 55 y 58 de la Constitución, por los Tribunales y Juzgados previstos en la última de tales disposiciones.”

Obsérvese que se refiere al Título XV de la Constitución de 1886, “De la Administración de Justicia”, y luego indica como presuntamente violados los artículos 55 y 58 del mismo estatuto, sin tener en cuenta que se trata de un proceso administrativo disciplinario, y que los artículos mencionados hacen relación a la estructura de la Rama Judicial, como una de las ramas del Estado.

En esta demanda, no se hizo ninguna consideración sobre el articulado demandado en bloque, y la sentencia no se pronuncia en la parte resolutive en relación con los mismos¹.

Artículo 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia.

El Senado ejerce determinadas funciones judiciales.



Es obvio, que en las circunstancias anteriores no se puede hablar de cosa juzgada constitucional, porque no hubo una argumentación concreta sobre la inflexión verbal que ahora se demanda y porque en la sentencia no hubo ninguna clase de pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo ahora demandado, ni se hizo ninguna consideración sobre un derecho a la defensa potestativo en el proceso ético disciplinario de los médicos.

Pero, razones adicionales justifican la presente demanda, porque se trata de una norma que hace parte de una ley que fue promulgada en vigencia de la Constitución de 1886, es decir, es una norma preconstitucional a la Carta de 1991, por tal razón, los argumentos y cargos que se propondrán se refieren a la vulneración del artículo 29 de la Constitución vigente, concordado con normas del bloque de constitucional *stricto sensu*.

La segunda decisión en relación con esta norma, es la Sentencia C 259 de 1995, siendo ponente el H.M. Hernando Herrera Vergara.

En relación con esta sentencia es oportuno adelantar, que se hicieron consideraciones favorables a la existencia del derecho a la defensa, dentro del proceso disciplinario médico, pero no se hizo ninguna reflexión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, de la inflexión verbal "**podrán**", que consagra un derecho a la defensa potestativo del disciplinado y por tanto renunciable; pues es una realidad que no existe ninguna consideración en relación a la posibilidad de que este derecho constitucional a la defensa pudiese ser renunciable por parte del disciplinado y que tal opción fuera acorde con la nueva Constitución. Por la forma como está concebida la sentencia creemos que el vocablo ahora demandado no lo fue en la demanda que ocasionó la decisión a la que se hace referencia.

En las consideraciones de esa sentencia se hicieron entre otras las siguientes:

"En este proceso, el actor concreta su demanda a la formulación de los tres cargos anteriormente relacionados con fundamento en las consideraciones que se han dejado señaladas, **frente a la supuesta violación del derecho de defensa con respecto al profesional médico acusado, los cuales se analizarán en esta providencia.**
(....)

En desarrollo de lo anterior, la Ley 23 de 1981 "*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*" regula el ejercicio ético de la medicina en Colombia, y establece, en su Título III los "*órganos de control y régimen disciplinario*", y particularmente en el Capítulo II lo concerniente al "*proceso disciplinario ético-médico*".

La justicia es un servicio público de cargo de la Nación.

¹ Sentencia C 1193 01, Sentencia C 641 02, Sentencia C 900 03, Sentencia C 645 12.

Es bien sabido que nuestra Carta Política consagra el principio fundamental del debido proceso, en virtud del cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (artículo 29 C.P.). El debido proceso tiene aplicación no solamente en relación con las actuaciones judiciales, sino también con las administrativas.

De esta manera, para que se configure el debido proceso en forma adecuada y con sujeción a la Constitución y a la ley debe mediar necesariamente la existencia de la normatividad que consagra la tipicidad de las faltas que puedan acarrear las respectivas sanciones para imponerlas, sean éstas de carácter administrativo o judicial; **el respeto del derecho de defensa al inculpado, durante los trámites de investigación y juzgamiento, con la facultad dentro del mismo de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, y en fin, la observancia de la plenitud de las formas propias del respectivo proceso.**

(.....)

Como consecuencia de lo anterior, las faltas a la ética médica consignadas en la misma Ley dan lugar a las sanciones consignadas en el artículo 83 de dicho estatuto, en los siguientes términos:

A juicio del Tribunal Ético Profesional contra las faltas a la Ética Médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

a) Amonestación privada;

b) Censura que podrá ser:

1. Escrita pero privada.

2. Escrita y pública.

3. Verbal y pública.

c) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;

d) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años. (Lo subrayado no es del texto)

(.....)

Como ya se ha dicho, el demandante considera inconstitucionales las disposiciones legales que conforman el citado Capítulo II, es decir, los artículos 74 a 82 de la mencionada Ley, por violar el artículo 29 de la Constitución Política, basado en tres cargos principales.

(.....)

En esta forma, los tribunales ético profesionales en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley "cumplen una función pública pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos" (artículo 73 de la Ley 23 de 1981).

El proceso disciplinario contenido en las disposiciones demandadas tiene efectos sancionatorios por infracción de las normas en materia de ética médica, que conllevan a una responsabilidad derivada del derecho administrativo disciplinario. Acerca del mismo, la Corte Constitucional ha expresado:

"Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada "derecho administrativo disciplinario". Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho

disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

"Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa"².

En consecuencia, se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas."^[1] Sentencia T 438 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Ahora bien, es preciso analizar si el proceso ético-profesional regulado por la Ley 23 de 1981 a través de los preceptos demandados cumple o no con los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

La adopción de normas en materia de ética médica como mecanismo de protección de la dignidad humana y de la sociedad, tuvo como fundamento las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la Ley 23 de 1981, en uno de cuyos apartes se expresó:

"Actualizar las normas que rigen en materia de Ética Médica, dado el avance de los conocimientos que en el campo de la ciencia médica se ha presentado en las últimas décadas con tan considerable rapidez y las necesidades de salvaguardar en toda sociedad la dignidad y los fueros de la persona humana, manteniendo las más sobresalientes virtudes que en su evolución milenaria ha ostentado el ejercicio médico, adoptándolas (sic) a las cambiantes realidades científicas y sociales."^[2]

En la misma exposición y con respecto a la integración del Tribunal de Ética Médica, y al establecimiento del proceso disciplinario respectivo, se afirmó:

*"(...) se establece la creación de un Tribunal de Ética Médica que a nivel nacional vigile el cumplimiento de las normas que contempla el proyecto (...). El capítulo segundo, fija el procedimiento a seguir para imponer una sanción disciplinaria, **garantizando desde luego el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 26 de nuestra Constitución.**" (artículo 29 de la Constitución Vigente).^[3]*

La Corte Suprema de Justicia al adelantar el examen de constitucionalidad de los artículos 74 a 82 materia de estudio, expresó lo siguiente en torno al mismo tema, al declarar la exequibilidad de dichas disposiciones:

"Un régimen disciplinario, en estricto sentido, está integrado por los correctivos jurídicos necesarios para obtener la continuidad y eficacia de un servicio y la

² Se hace referencia al Código Penal de 1980. Decreto-Ley 100 de ese año.



debida protección de los intereses de sus usuarios. Siendo obligación del Estado salvaguardar la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y teniendo la consecuente autorización constitucional para inspeccionar y vigilar las profesiones en orden a defender aquellos valores, no cabe plantear la duda para establecer un régimen de control y disciplina como el de la Ley 23.

Debe afirmarse, así mismo, que un régimen disciplinario, por razón de su finalidad, es una técnica de control administrativo distinta al ejercicio de la función judicial y, por lo mismo, susceptible de ser atribuida a funcionarios no judiciales y aun a particulares (...)

La enunciación de los principios éticos y las conductas censurables, el establecimiento general de las sanciones y las reglas procedimentales para su imposición, responden bien a las exigencias de un régimen disciplinario, especialmente si se advierte que lo prescrito en el artículo 82 de la Ley 23, en cuanto en lo no previsto en ella "se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal", deja a salvo las garantías contenidas en el artículo 26 de la Constitución. ^[4] Corte Suprema de Justicia del 31 de marzo de 1982. M.P. Dr. Luis Carlos Sábica.

El artículo 29 de la Constitución Política consagra los mismos principios del artículo 26 de la Carta de 1886 referentes al debido proceso y a las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, pero ampliándolas a todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, y consagrando de manera expresa la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de publicidad y de celeridad, el derecho de contradicción, el derecho de impugnación y el principio del "non bis in idem", todos los cuales son desarrollo del debido proceso.

En el asunto sub-exámene, los artículos 72 a 82 demandados garantizan en materia de procesos de ética médica, que estos se adelanten con la observancia plena del debido proceso y ante el Tribunal competente, que lo es el Tribunal de Ética Médica.

En efecto, se consagra la existencia de un Tribunal competente (artículos 74 y 75, Ley 23 de 1981); **se garantiza el derecho de defensa del acusado por violación de la ética médica al permitirle a éste formular los correspondientes descargos ante el mismo Tribunal, con respecto a los cargos que se le hagan (artículo 80). Igualmente, se le concede el derecho de ser asistido por un abogado escogido por él (artículo 77);** y además, para dejar a salvo las garantías consignadas en el artículo 29 de la Constitución Política, se expresa en forma concluyente que en lo concerniente al proceso disciplinario ético profesional "En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal" (artículo 82), con lo cual queda plenamente asegurada la observancia "de la plenitud de las formas propias" del respectivo proceso disciplinario, en materia de ética médica, a que se contraen los preceptos demandados.

A juicio de la Corte, es evidente que dentro de dicho régimen se encuentra comprendida la facultad que tiene el profesional acusado para presentar pruebas y solicitar la práctica de las mismas en el respectivo proceso disciplinario en su contra, a fin de desvirtuar los cargos formulados y demostrar su inocencia, pues es entendido que, como lo ha expresado esta Corporación, la observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere pertinentes y sean conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional. Las normas demandadas no riñen con el cumplimiento de las exigencias procesales mencionadas, y por ello habrá de declararlas exequibles por encontrarlas ajustadas a los preceptos constitucionales, sin que haya lugar a que prospere el primer cargo formulado.

2. Segundo Cargo. Violación del principio del *non bi in idem*.
(.....)



3. Tercer cargo. La integración del proceso disciplinario en lo no contemplado en la Ley 23 de 1981, con las normas del Código de Procedimiento Penal, resulta inconstitucional.

El actor, en el último cargo presentado en su demanda, considera que la integración del proceso disciplinario con las normas del Código de Procedimiento Penal consagrada en los artículos demandados, y particularmente en el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, viola el artículo 29 de la Constitución Política en cuanto dichos procesos están conformados por principios jurídicos de diferente naturaleza.

El análisis anteriormente efectuado, permite concluir que existen claras diferencias entre el derecho penal y el disciplinario, cuya naturaleza y competencia de carácter jurisdiccional es diferente, razón por la cual, como se ha expresado, ellos no son incompatibles, según lo señaló esta Corporación, ya que el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas, implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance diferentes, y en tal sentido el juez disciplinario debe examinar la conducta del inculpado con relación a las normas de carácter ético médico como las consagradas en la Ley 23 de 1981, que tienden a adoptar correctivos jurídicos para la mayor eficiencia de los servicios médicos y la protección de los intereses de los usuarios, y para la salvaguardia de la salubridad pública, mientras que el juez penal tutela el interés social, y el civil y el administrativo, los derechos fundamentales de las personas para el resarcimiento de los perjuicios que se puedan dar por la acción u omisión del profesional médico.

Así mismo, y como ya se indicó, la Corte Constitucional estima que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política. **Al contrario, este precepto, así como los demandados, tienen desarrollo en debida forma, ya que conducen a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario allí consagrado, con sujeción a las normas constitucionales.**

Por lo anterior, el tercer y último cargo tampoco prospera." (Se destacan las consideraciones relacionadas con el respeto al debido proceso constitucional y el derecho a la defensa).

Se ha transcrito la parte considerativa pertinente de la sentencia, y dentro de ella se ha destacado en negrillas las consideraciones en torno a las garantías constitucionales del debido proceso y se podrá verificar dentro de ellas, que se hacen consideraciones generales para enfatizar que la Ley demandada reconoce el derecho a la defensa en juicio, pero en ninguna de esas consideraciones se hace un estudio concreto de si en el proceso disciplinario médico es factible que el disciplinado pudiera renunciar a ese derecho constitucional, por haberse consagrado su existencia de manera potestativa, es decir que el derecho a la defensa técnica, con el acompañamiento de un abogado, en su ejercicio, dependiera de la voluntad del disciplinado.

En tales condiciones, de manera necesaria habrá de concluirse que no existe cosa juzgada constitucional sobre el derecho a una defensa técnica facultativa y por tanto, renunciable por parte del disciplinado.

En relación con la temática de la cosa juzgada constitucional, en la sentencia C 153 02, donde fungió como ponente la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, respecto del tema tratado manifestó lo siguiente:

"El inciso primero del artículo 243 de la Constitución Política, establece:

Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional."

De esta preceptiva constitucional se tiene que las decisiones que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que dichas decisiones se tornan en definitivas e incontrovertibles de tal manera que sobre el tema resuelto no puede plantearse un nuevo proceso³.

I La cosa juzgada constitucional

El apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social plantea la posible existencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, por cuanto esta Corporación en el proceso que culminó con la sentencia C-474 de 1994, luego de descartar la inconstitucionalidad de las normas acusadas, entre ellas el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, en relación con el cargo por la supuesta violación del artículo 60 Constitucional señaló además que *"...confrontado su texto con el conjunto del ordenamiento constitucional tampoco se advierte razón alguna para declarar su inexequibilidad..."*.

El Procurador General de la Nación también planteó a la Corte la posible existencia de una cosa juzgada constitucional aún cuando del orden relativo, pues en su sentir la Corte en la referida providencia analizó la norma ahora demandada solamente en relación con el concepto de acceso a la propiedad de que trata el artículo 60 de la Carta Política.

Por lo anterior, la Corte debe resolver si en el caso sometido a revisión se configura el fenómeno de la cosa juzgada absoluta o relativa, para lo cual procede a hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 243 de la Constitución Política dispone que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada, y agrega que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

La jurisprudencia constitucional ha expresado que la cosa juzgada constitucional más que un principio o un efecto propio de las sentencias que profiere esta Corte constituye una *cualidad*[1] de estas decisiones judiciales. Igualmente ha expresado que, en términos generales, el principio de la cosa juzgada *"se traduce en el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley"*. [2]

La cosa juzgada constitucional implica, en principio, que el pronunciamiento efectuado por la Corte no puede ser objeto de un nuevo debate o revisión. En este sentido resulta innegable la íntima conexión de este principio con el de la seguridad jurídica, puesto que la cosa juzgada garantiza a la sociedad la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional, *esta Corporación al ejercer el control constitucional debe confrontar el texto acusado con la totalidad de los preceptos de la Carta Política, pudiendo fundar su decisión en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso*. En este sentido también se orienta el mandato del artículo 46 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- según el cual *"En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución"*.
(...)

También puede ocurrir que cuando la Corte pese a haber analizado en el texto de la providencia los cargos propuestos en una demanda no ha señalado expresamente el

³ Sentencia C-397 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



alcance limitado de sus efectos a esos determinados aspectos, debe entenderse que la adopción de la decisión ha estado precedida por un análisis de la norma impugnada frente a la totalidad de las normas superiores, dando lugar a que la providencia también esté amparada por la cosa juzgada absoluta^[5], configurándose en tal hipótesis una suerte de "presunción de control integral". ^[6]

Puede suceder igualmente que la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia.

En estos dos últimos casos la cosa juzgada tiene carácter relativo, pudiendo ser usual que tal alcance limitado de la decisión se haga expresamente en la parte resolutive de la sentencia^[7], circunscribiéndola al preciso ámbito de lo formal o a los cargos o disposiciones superiores que fueron analizados en la sentencia, como también puede suceder que la delimitación de los efectos de la sentencia no se haya hecho en la parte resolutive sino que el alcance se restringe en la parte motiva, dando lugar a lo que la jurisprudencia ha denominado "cosa juzgada relativa implícita".^[8]

Es por ello lógico que si la Corte analizó unos cargos y restringió a éstos los efectos de la decisión resulte una cosa juzgada relativa, existiendo la posibilidad de un nuevo análisis de la norma demandada por cargos diferentes, por cuanto ha quedado expresa la manifestación de la Corte de no haber analizado ningún aspecto diferente o de no haber confrontado la norma con la totalidad de la Constitución, bien que lo haya hecho implícita o explícitamente.

Se deduce, entonces, que no son los cargos formulados en las demandas de inconstitucionalidad los que determinan el ámbito de la cosa juzgada constitucional, sino la decisión que adopta la Corte en cada uno de sus pronunciamientos para restringir o no su alcance y con arreglo a la cual se podrá establecer si se configura una cosa juzgada constitucional con carácter relativo o absoluto. Lo contrario afectaría el valor de la cosa juzgada constitucional absoluta y con ello la seguridad jurídica que le es inmanente, puesto que en cada caso particular, y sin que se estuviera frente a la cosa juzgada relativa, habría que entrar a efectuar un análisis de fondo para determinar si los cargos propuestos son novedosos o no, dando lugar a un sinnúmero de pronunciamientos sobre el mismo asunto. De este modo la constitucionalidad de una norma no quedaría definida jamás.

No obstante, puede suceder que la Corte haya resuelto declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada norma sin haber hecho ningún análisis o sin haber motivado en forma alguna tal pronunciamiento, inclusive sobre normas que no fueron demandadas, caso en el cual no se puede hablar de la existencia de cosa juzgada constitucional, absoluta o relativa, pues sin existir motivación al respecto lo que se configura es una apariencia de haberse decidido sobre la exequibilidad o no de una disposición legal que, en realidad, no ha sido objeto de análisis y control por parte del juez constitucional.

En torno a este fenómeno, la jurisprudencia ha expresado que "la cosa juzgada, plasmada en el artículo 243 de la Constitución Política, no puede cobijar



determinaciones de la Corte carentes de toda motivación, menos todavía si ellas recaen sobre normas no demandadas y respecto de las cuales no se ha configurado, por su propia decisión, unidad normativa, puesto que en tales eventos la Corporación carece de competencia para proferir el fallo en aquellos puntos que no fueron objeto de demanda ni de proceso, que en ningún momento fueron debatidos y en los cuales el Procurador General de la Nación no tuvo oportunidad de emitir concepto, ni los ciudadanos de impugnar o defender su constitucionalidad".[9]

La Corte también ha precisado que "cuando esta Corporación ha desarrollado el concepto de la *cosa juzgada aparente* (Cfr., por ejemplo, las sentencias C-397 del 7 de septiembre de 1995 y C-700 del 16 de septiembre de 1999), ha querido referirse a situaciones en las cuales en realidad la norma de que se trata no fue objeto de examen de constitucionalidad alguno, aunque parezca que lo haya sido, como cuando en la parte resolutive de la sentencia se declara exequible un artículo sobre cuyo contenido nada se expresó en los considerandos y, por lo tanto, no se produjo en realidad cotejo, ni absoluto o exhaustivo, ni relativo, ni parcial. Simplemente, en tales ocasiones lo único que encuentra el juez de constitucionalidad es la apariencia de haber resuelto antes sobre la norma que ante él se demanda, sin haberse llevado en efecto el juicio correspondiente. De lo cual surge, por aplicación del artículo 228 de la Constitución (prevalencia del Derecho sustancial) y por el sentido mismo de un verdadero control de constitucionalidad, el necesario reconocimiento de que, en vez de cosa juzgada hay cosa no juzgada, y la consecuente declaración de que la Corte puede entrar en el fondo para dictaminar si el precepto correspondiente se ajusta o no a la Carta Política, sin violar por ello el principio consagrado en su artículo 243".[10]

Lo anterior lleva a afirmar que para que exista cosa juzgada constitucional es menester que las sentencias que profiere la Corte contengan un mínimo de motivación o de referencia a las razones por las cuales se considera que la norma sub examine se ajusta o, por el contrario, contradice los dictados de la Ley Fundamental, pues es incuestionable que ... "la motivación es esencial a todo fallo, y si las razones de su juicio vinculan necesariamente la sentencia, en su contenido material, con las razones del juez, faltaría éste a su deber si, con la excusa de haber decidido lo que en realidad no decidió, cerrara las puertas de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)". [11]

Sobre este particular, la Corte ha sido enfática:

La cosa juzgada constitucional, contemplada en el artículo 243 de la Constitución Política, supone necesariamente, como de su mismo texto resulta, que la norma legal correspondiente haya sido en efecto "confrontada" con el Ordenamiento Supremo del Estado. Si no es así, ningún sustento tiene ella, pues el juzgamiento efectivo de la norma se muestra como esencial para que lo decidido tenga firmeza y pueda hacer tránsito a cosa juzgada.

Ahora bien, es verdad que el artículo 46 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, por medio de la cual esta Corte revisó el proyecto, insistieron en que la cosa juzgada constitucional es relativa solamente cuando la Corporación advierte en el texto de su providencia que circunscribe el pronunciamiento a determinados cargos o a ciertos motivos de confrontación con la Carta Política, y que en los demás el fallo hace tránsito a cosa juzgada absoluta.

Pero, desde luego, la aplicación de la norma y la doctrina de la Corte en tales términos parten del supuesto esencial de que haya habido juzgamiento, siquiera mínimo, de una norma; el de que ella haya sido sometida en efecto a una comparación con las disposiciones constitucionales. Pero si así no fue, como acontece en este caso, mal puede ser aplicado el artículo 46 de la Ley



Estatutaria de la Administración de Justicia, pues no se tiene la hipótesis en la cual ella opera".[12] (Se subraya)

En suma, la cosa juzgada constitucional supone una carga mínima de argumentación mediante la cual la Corte, como una guardiana de la integridad y supremacía del Ordenamiento Superior, hace un análisis de la norma acusada para concluir en su exequibilidad o inexecuibilidad. De ahí que cuando la providencia no hace ningún análisis o examen constitucional, respecto de una o varias normas que incluyó en la parte resolutive no pueda hablarse de cosa juzgada constitucional respecto de ellas. Existe tan solo una apariencia de cosa juzgada que no impide que la Corte, en un nuevo proceso, se pronuncie sobre dichas normas. (Lo destacado no lo es en el texto).

A pesar que esa Honorable Corporación produjo una decisión sobre la constitucionalidad del artículo 77 de la Ley 23 de 1981, el fallo ya mencionado, lo cierto es que en esta decisión no hubo consideraciones, ni decisión en la que se dictara un fallo sobre la constitucionalidad de un derecho a la defensa, potestativo del disciplinado, es decir que el médico investigado pudiera renunciar al derecho constitucional a la defensa en juicio, potestad que surge de la utilización de la inflexión verbal "podrán".

Esa Honorable Corporación no ha hecho ningún pronunciamiento de constitucionalidad en relación con el aparte ahora demandado, esto es, la inflexión verbal "**podrán**", por lo tanto, no existe cosa juzgada constitucional.

CAPÍTULO VIII. LOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA. LA CONTRARIEDAD CON EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, AL CONSAGRARSE EL DERECHO A UNA DEFENSA TÉCNICA POTESTATIVA Y RENUNCIABLE DENTRO DEL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO.

a. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y CONSTITUCIONALES EN LA CARTA POLÍTICA DE 1886.

Es necesario precisar que nos encontramos frente a una norma preconstitucional, porque fue dictada en vigencia de la Constitución de 1886, y debemos recordar que este Estatuto Superior nunca



mencionó el concepto del “debido proceso”, ni tampoco consagró el derecho de defensa en juicio.

Fue la Corte Suprema de Justicia, en sus fallos como juez constitucional, o en las sentencias de la Sala de Casación Penal de dicha Corporación que, analizando el contenido del artículo 26 de aquella Carta Política⁴, consideró que lo que había querido consagrar el Constituyente en ese artículo, fue establecer el concepto del debido proceso, y posteriormente, de manera lógica concluyó esa Corporación, que no podía existir debido proceso, sin derecho a la defensa. Es decir, que estas dos fundamentales garantías, surgieron como creaciones jurisprudenciales de esa Corporación.

Este antecedente histórico, para recordar que durante toda la vigencia de la Constitución de 1886, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el derecho a la defensa en juicio, fue cambiante y pendular, porque en ciertas épocas se sostuvo por la Sala de Casación Penal que el derecho a la defensa era integral y que por tanto debía garantizarse en todas las etapas del proceso, investigación y juzgamiento, y por el contrario, en otras, se sostuvo que el derecho a la defensa solo debía de ser garantizado durante la etapa del juicio. Fueron entonces disímiles y variadas las posiciones jurisprudenciales relacionadas con estas garantías, tanto que en la jurisprudencia y la doctrina, se distinguió entre las causales de nulidad legales, las consagradas en la ley procesal, y las nulidades constitucionales o supralegales, que eran las que deducían los jueces y tribunales en sus fallos, con fundamento en la transgresión de los principios constitucionales, jurisprudencialmente reconocidos.

En tales condiciones de ausencia normativa, y de incertidumbre jurisprudencial, no es de extrañar que hubiese surgido una norma como la que ahora se demanda, en la se consagró un derecho a la defensa en juicio, potestativo y renunciable.

Todas estas disputas doctrinarias y jurisprudenciales solo vinieron a ser resueltas con la vigencia del artículo 29 de la Carta Política actual, que sin lugar a dubitaciones de ninguna naturaleza consagró imperativamente el debido proceso y todos sus libertades, derechos y garantías, entre ellas el derecho de defensa en juicio, tanto en la etapa de investigación, como en la etapa del juicio, y los reconoció tanto para las actuaciones judiciales como en las administrativas. Posteriormente esa Honorable Corporación, por medio de conocidas

⁴ Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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



decisiones, reconocería que el derecho a la defensa también debía de ser garantizado en la investigación previa o preliminar⁵.

En tales dubitaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, no es de extrañar que se hubiera promulgado una ley que contemplara el derecho a la defensa en un proceso disciplinario como potestativo del disciplinado.

b. INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA.

Bien se sabe que cuando se presenta un tránsito constitucional, respecto a las leyes preconstitucionales se pueden presentar fundamentalmente dos situaciones a saber: a) Que las leyes que existían previamente al nuevo texto de la Carta Política y que estaban acordes con la anterior Constitución, no entren en conflicto con las disposiciones de la nueva Carta; y b) Que las leyes preconstitucionales, por las modificaciones introducidas en la nueva Carta Política estén en desacuerdo con esta normatividad.

Es en relación con la segunda hipótesis que se habla por los tratadistas y por la jurisprudencia constitucional de la inexecutableidad sobrevenida, fenómeno que se presenta frente a algunas leyes preconstitucionales que siendo acordes con la anterior Constitución, por las modificaciones presentadas en la nueva, terminan en contradicción con esta última. Es decir que se trata de leyes que eran constitucionales con la anterior Carta Política, pero que terminan vulnerando la Constitución vigente.

Esa Honorable Corporación en relación con el tema de la inexecutableidad sobrevenida ha sostenido:

“(.....)”

Frente a un juicio de constitucionalidad respecto de una determinada norma es necesario diferenciar tres situaciones: la primera ocurre cuando el estudio sobre la executableidad de una norma se hace exclusivamente desde el punto de vista formal -trámite legislativo, exceso en las facultades extraordinarias, adopción, promulgación, etc-. En estos casos el fallo tendrá el carácter de 'cosa juzgada relativa', por cuanto serán admitidas futuras demandas de inexecutableidad que versen sobre la norma ya declarada executable, pero cuyos cargos estén orientados a demostrar la inexecutableidad por cuestiones de fondo. Sobre estos precisos aspectos la Corte no se ha pronunciado y por lo tanto debe abordar su estudio, en desarrollo de su función de guardiana de la Constitución.

De acuerdo con esto, 'la cosa juzgada relativa' impide la admisión de demandas cuyos cargos tengan como fundamento irregularidades de forma de la norma. Por lo general los fallos sobre cosa juzgada relativa, expresamente limitan su alcance, pues restringen el fallo al preciso ámbito de lo formal. Sobre el tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia, así:

⁵ Sentencia C 150 de 1993. Sentencia C 412 93. Sentencia C 1711 00. Sentencia C 033 03. Sentencia C 096 03. Sentencia C 799 05. Sentencia C 025 09.



Igualmente, esta Corporación ha sostenido que pueden existir fallos definitivos más no absolutos, como sucede cuando la Corte declara exequibles las normas acusadas limitando su pronunciamiento a lo que atañe a vicios de formación o facultades extraordinarias, eventos en los cuales se admiten demandas contra las mismas normas pero por aspectos materiales diferentes de los enunciados⁶.

La segunda situación se presenta cuando se ha declarado exequible o inexecutable una norma con fundamento en determinados cargos y es acusada posteriormente con base en cargos distintos, o por infracción de normas diferentes del mismo texto constitucional.

En estos casos el efecto de la cosa juzgada absoluta se extiende a las consideraciones específicas de cada fallo. Son éstos, pues, los elementos fundamentales para determinar en cada caso el alcance del estudio realizado por el fallador, frente a los artículos constitucionales que estime pertinentes, para la dilucidación del acuerdo o contradicción de la norma estudiada con los preceptos de la Carta. ***A contrario sensu, la cosa juzgada no cobija aquellos aspectos eventualmente relevantes en el juicio de constitucionalidad que no fueron objeto de estudio, ni mencionados en ninguna parte por el fallador.***

En principio entonces, en este evento operará con todo el rigor la cosa juzgada absoluta, salvo que la sentencia hubiere sido explícita en manifestar que el juicio de constitucionalidad se realiza exclusivamente respecto de ciertos y determinados preceptos, ***o cuando el juez advierta que existen elementos relevantes que no fueron considerados en el primer fallo, y que pueden llevar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada.***

La tercera situación se presenta en el evento del tránsito constitucional. Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada. Ahora, los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada, quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad respecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación."....." (Sentencia Corte Constitucional, expediente D-138 M:P: Dr. Ciro Angarita Barón).

En cuanto hace a la cuestión de fondo, la confrontación y decisión que hubiere hecho la Corte Suprema de Justicia de la Ley 20 de 1974 ante la Constitución de 1886, no inhibe a la Corte Constitucional de efectuar el condigno examen material frente a la Constitución de 1991 y no se produciría cosa juzgada alguna, pues, por tratarse de un ordenamiento nuevo Superior, puede contener normas a las cuales no se avenga dicha Ley, como en efecto sucede. Se presenta entonces el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente."⁶.

La decisión que declara ajustada la norma demandada, se produce en vigencia de la Constitución de 1886 y es evidente, que frente a la Constitución de 1991, no tiene la fuerza de la cosa juzgada constitucional, porque la norma relacionada con el derecho a la defensa facultativa ha podido ser constitucional en relación con la Carta de 1886, pero no serlo respecto de la Constitución actual.

La claridad del texto constitucional fue mejorado y adicionado con la jurisprudencia de esa Corporación del 22 de abril de 1993, siendo ponente el H.M. Fabio Morón Díaz, al sostener que el derecho a la

⁶ Sentencia C-027/93, 5 de febrero de 1993. H. M. Simón Rodríguez Rodríguez.



defensa debía de ser garantizado igualmente en la investigación preliminar.

Es claro entonces, que al presentarse este tránsito constitucional, de la Carta de 1886 a la actual de 1991, en relación con las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, se presentaron cambios sustanciales, porque de una Constitución que no preveía tales garantías, se pasó a un texto Constitucional que de manera expresa las consagró y las quiso imponer de manera categórica e imperativa, con mandato universal para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y de manera integral, para todo el decurso del proceso.

Es evidente que en relación con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta se dispone que el mismo “...**se aplicará...**”, a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en relación con el derecho a la defensa técnica y material, se dispuso que el ciudadano que 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...**”, y frente a la claridad gramatical de las disposiciones comentadas es completamente imposible que pudiera llegar a concluirse que tales derechos fueron consagrados de manera potestativa y no imperativamente como efectivamente lo fueron.

Es decir, cuando la norma censurada expresa:

“En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, **podrán** asesorarse de abogados titulados.

En realidad de verdad, la norma que se demanda contempla dos hipótesis, de un lado la conveniencia de que el magistrado instructor, o la Corporación a la que pertenece puedan asesorarse de un abogado, para que los apoye en los problemas jurídicos que en ocasiones van involucrados en los procesos médico disciplinarios; y de otro lado, el asesoramiento del disciplinado por parte de un defensor que lo asista en la versión libre que debe rendir, y a lo largo de todo el proceso.

La primera hipótesis ya se resolvió desde el principio en que comenzaron a funcionar estas corporaciones disciplinarias, porque siendo los magistrados distinguidos profesionales de la medicina, era indispensable que estuvieran asesorados por abogados para resolver los problemas jurídicos que se presentan en el adelantamiento y fallo de los procesos; por el contrario, la segunda hipótesis sigue en discusión, porque mientras algunos apegados al texto puramente gramatical de la norma, argumentan que la defensa en el proceso



disciplinario es potestativa y renunciable, concluyendo que en tales circunstancias el proceso podría adelantarse sin que el disciplinado estuviera asesorado por un defensor; en sentido contrario, otros, haciendo una interpretación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, pregonan la necesaria presencia del disciplinado con el acompañamiento de un abogado a lo largo del proceso, bien sea de confianza, o uno de la defensoría pública o de oficio, caso en el cual, bien podría suplirse por la presencia de un estudiante de derecho, perteneciente al consultorio jurídico de una Universidad acreditada. Esta interpretación está avalada por el Decreto Reglamentario de la Ley 23, que en el artículo 39 establece que el tribunal podrá seleccionar abogados asesores, para que les ayuden jurídicamente en el cumplimiento de sus funciones⁷.

Lo que hace la norma es dejar a la voluntad del profesional investigado, la conveniencia o necesidad de una defensa técnica guiada por un profesional del derecho, lo que significa entrar en una abierta confrontación con el cardinal derecho constitucional del debido proceso, en uno de sus núcleos esenciales como en efecto lo es el derecho a la defensa, contrariando igualmente todo el desarrollo jurisprudencial que respecto a la defensa técnica ha sostenido la Honorable Corporación Judicial a la que me dirijo, catalogándola –a la defensa– como material, técnica e ininterrumpida.

No desconocemos que la defensa material es una valiosa garantía, ejercida facultativamente, que se concreta solicitando la práctica de pruebas o aportándolas, contradiciendo las allegadas en su contra, ejerciendo el derecho a solicitar que sea escuchado en versión libre, interponiendo y sustentando recursos, excepto el de casación, entre muchas otras actividades defensivas; pero el derecho a la defensa técnica es imperativamente indispensable y requisito de validez del proceso, porque es ejercida por un profesional del derecho, quien procurará la protección de todas y cada una de las garantías que asisten al disciplinado, profesional que, debido a su idoneidad en temas jurídicos, defenderá los intereses de su defendido, debiendo predominar su criterio en caso de propuestas contradictorias con las peticiones del disciplinado.

De manera general y en estricto cumplimiento de los parámetros trazados por la H. Corte, respecto de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que deben predicarse de los cargos formulados contra una ley de la República, que se pretende sea declarada contraria a los preceptos de la Carta Política,

⁷ D.R. 3380 de 1981. Art. 39. Para asesorar al funcionario instructor el tribunal procederá a seleccionar abogados asesores, quienes serán escogidos por sorteo de listas que elaborará anualmente"



nos permitimos transcribir un corto extracto de la doctrina constitucional elaborada por esa Alta Corporación:

“12. Para complementar este análisis de admisibilidad, es necesario recordar que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido también unas reglas generales sobre la aptitud de un cargo para propiciar un juicio de constitucionalidad. En este sentido ha señalado que un cargo de inconstitucionalidad se considera apto para propiciar un juicio de inexequibilidad si cumple con los requisitos de *claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia*⁸.

Un cargo de inconstitucionalidad satisface el requisito de la *claridad* si los argumentos que lo sustentan son inteligibles, han sido expuestos de manera ordenada y coherente y siguen un hilo conductor del cual puede inferirse -sin excesivo esfuerzo- la idea representada por el demandante. La claridad de los argumentos exige la *especificidad* de los mismos; de allí que no sean admisibles los cargos genéricos, vagos, abiertos y gaseosos⁹.

El cargo de inconstitucionalidad es *suficiente* si el argumento que lo sustenta contiene los elementos argumentativos de tipo jurídico necesarios para evidenciar una oposición -por lo menos preliminar- entre el texto legal que se demanda y el texto constitucional que lo confronta.¹⁰

El cargo es *pertinente* si se desprende del texto normativo de la disposición acusada, es decir, si existe una congruencia entre lo que la disposición dice y lo que de ella se dice. No es pertinente el reproche si recae sobre una norma diferente a la demandada, si se dirige a controvertir una hipótesis no contemplada en la disposición o si se encamina a resolver un caso particular, pese a que en su solución pudiera verse involucrada la norma que se acusa. Tampoco es pertinente el cargo si pretende la declaratoria de inexequibilidad de la norma porque la misma sea inconveniente o superflua, o si se refiere “a aspectos meramente interpretativos de la ley”.¹¹

CAPÍTULO IX. EL DEBIDO PROCESO Y SU UNIVERSALIZACIÓN A TODO TIPO DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS.

Es importante destacar que en ninguna de las dos providencias, en las que se ha resuelto la constitucionalidad de este artículo de la Ley 23, se contrastó su constitucionalidad con el contenido de los tratados que sobre Derechos Humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁸ Cfr., entre varios, los Autos de Sala Plena 244 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-178A de 2003, MP, Marco Gerardo Monroy Cabra; A-104 de 2005 MP, Humberto Antonio Sierra Porto; A-032 de 2005, MP, Jaime Araujo Rentería. En dichas oportunidades la Corte, al resolver el recurso de súplica presentados por los actores, confirmó los autos en los que se inadmitió la demanda por no presentar razones “específicas, claras, pertinentes y suficientes”.

⁹ Sobre este particular la Corte sostuvo: “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 inexequibilidad a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan.” (Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁰ Así se señaló en la sentencia C-1052 de 2001 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Sentencia C 236/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



En relación con este punto es preciso destacar que en relación con el fallo de 1982, la Corte Suprema de Justicia no desarrolló una jurisprudencia en relación con la temática del bloque de constitucionalidad y ello no es una crítica, porque bien es sabido que la Carta Política de 1886, no tuvo una norma con la claridad del artículo 93 de la actual Constitución, que le permitiera a la Corte Suprema adelantar reflexiones sobre un bloque de constitucionalidad, ni tampoco confrontar las normas demandadas como presuntamente inexequibles, con normas diferentes a las de la propia Constitución Nacional.

Cuando se produjo el fallo de la Corte Suprema en 1982, ya estaban vigentes la Ley 74 de 1968 y la Ley 16 de 1972, aprobatorias del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero pese a ello no se hizo ninguna reflexión en relación con el contenido de estos documentos internacionales que si consagraban con claridad el debido proceso y el derecho a la defensa en juicio y el irrenunciable derecho a tener un abogado en actuaciones penales, laborales o de cualquier otra índole.

Diferente es la segunda sentencia, dictada en 1995, porque previamente se habían producido fallos en los que se reconocía la existencia del bloque de constitucionalidad, y se había establecido, que las normas demandadas debían ser contrastadas con la normatividad integrante de dicho bloque de constitucionalidad, al que se le reconoce prevalencia valorativa sobre la normatividad nacional¹².

Entonces es evidente que en la Sentencia C 259 de 1995, no se contrastó el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, con el contenido normativo del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968 y Ley 16 de 1972, respectivamente. Y posiblemente no se hizo, porque, como se evidencia de la transcripción del texto de dicho fallo se reconoció el derecho a la defensa, de la misma manera que se reconoció que en el derecho disciplinario se debían de reconocer las mismas garantías del debido proceso que se reconocen en el proceso penal. El problema de dicho fallo es que no hubo pronunciamiento sobre la inflexión verbal "podrán" y al declararse el artículo 77 constitucional, hay quienes hoy argumentan que el derecho a la defensa en el proceso médico disciplinario es facultativo y renunciable por parte del disciplinado, lo que nos lleva a asumir que el vocablo "podrán" genera una seria duda respecto de la constitucionalidad del término

¹² Sentencia C 574 92; Sentencia T 409 92; Sentencia C 498 93; Sentencia C 089 94; Sentencia C 372 94; Sentencia C 555 94; Sentencia C 225 95.



demandado, contrastado con el contenido del bloque de constitucionalidad y el precepto constitucional, teniendo en cuenta que el derecho a la defensa como garantía propia del debido proceso, no admite excepciones. Esta controversia interpretativa es grave, por algunos tribunales seccionales de ética médica sostienen que el derecho a la defensa es potestativo y adelantan proceso disciplinarios sobre tal base; no sucede así con el Tribunal Nacional que ha venido sosteniendo de manera uniforme, que el derecho a la defensa es imperativo de conformidad con las previsiones del artículo 29 Constitucional y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por debido proceso, debemos entender desde la perspectiva estrictamente penal, el conjunto de normas constitucionales, y de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucional y de las leyes que lo reglamentan, mediante las cuales se consagra un conjunto de derechos, libertades, principios y garantías de naturaleza humanística, penal y procesal, que buscan restringir o limitar la capacidad investigativa, perseguidora y sancionatoria del Estado, en cuanto permite la investigación y la persecución penal con una serie de limitantes temporo-espaciales, estableciendo condicionamientos circunstanciales de modo; de la misma manera que establece claras limitaciones punitivas en cuanto a la clase de penas a imponer, la duración de la mismas y los modos de ejecutarlas; todo ello, para efectos de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos entre los que se encuentran la vida, la integridad física y síquica, la dignidad, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras.

Desde la anterior perspectiva, es necesario concluir que entre las principales características del debido proceso (en general) y de manera concreta en el proceso penal, son las siguientes:

A. El debido proceso es fundamentalmente un concepto político-jurídico, puesto que su comprensión y alcance depende del modelo de Estado y de sociedad acogidos por la estructura política que los condiciona, es decir, por la Constitución y por los tratados sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.

B. El debido proceso por la razón precedente, es un concepto propio y particular de cada país, que generalmente cambia, cuando se producen modificaciones fundamentales en la estructura del Estado, particularmente en lo que hace relación con las potestades y competencias de este, en relación con el ejercicio de los derechos ciudadanos y del cumplimiento de sus deberes, particularmente



cuando hay exceso en el ejercicio de los primeros y omisión en el cumplimiento de los segundos.

C. El debido proceso es universal, pues debe existir desde la perspectiva que impone la naturaleza de cada materia procesal, en todos los procedimientos judiciales y en las actuaciones administrativas, mediante las cuales se puedan llegar a imponer sanciones o decisiones que afecten derechos del ciudadano.

Es igualmente universal, en cuanto a que existe en todas las normatividades del mundo, con más o menos garantías o con más o menos limitaciones.

D. El debido proceso impera hasta en procedimientos sancionatorios ejercidos por los particulares cuando la ley difiere en estos el ejercicio de ciertas potestades represivas. Se hace referencia por ejemplo a la capacidad disciplinaria que tienen los patrones respecto de los trabajadores, los entes educativos respecto de docentes y estudiantes y las ligas deportivas, aficionadas y profesionales respecto de las personas involucradas en tales actividades;

E. El debido proceso es un concepto complejo, puesto que aparece integrado por múltiples garantías constitucionales y legales. No son solo las que aparecen en el artículo 29 de la Constitución, ni solo las que aparecen en el Pacto y en la Convención. A lo largo del texto Superior existen plurales garantías que de manera necesaria hacen parte del debido proceso, lo complementan, o le sirven de apoyo instrumental.

El debido proceso es un concepto abstracto que no se viola por sí solo, sino que es indispensable que se vulnere una de las garantías que lo integran para poder pregonar la violación del derecho o garantía constitucional. Es así que cuando se viola el derecho a la defensa, el principio de legalidad, el de presunción de inocencia, el principio de la *reformatio in pejus*, el de la dignidad humana, el de la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones por realización arbitraria de las mismas, se está violando el debido proceso; siempre es indispensable que se viole una de las garantías que lo integran para que pueda pregonarse consecuentemente la violación de este derecho constitucional;

F. El debido proceso está integrado por garantías pertenecientes tanto al derecho constitucional, al derecho penal material, al derecho procesal penal, y al derecho humanístico, y no como algunos creen, que el debido proceso está referido única y exclusivamente a garantías de contenido procesal. Hay conceptos extra normativos,



fundamentalmente humanísticos como serían por ejemplo la dignidad humana, la honra o el libre desarrollo de la personalidad, que son susceptibles de ser vulnerados en los procesos punitivos, y que hacen parte del debido proceso constitucional;

G. El debido proceso limita la capacidad investigativa, persecutora y punitiva del Estado, para evitar que se pueda convertir en un instrumento de persecución y de terror como ocurrió en Alemania con la implantación del régimen Nacional Socialista, o en Argentina en la década de los 60, con la implantación de un régimen militar. El debido proceso es un instrumento que limita y racionaliza el poder del Estado y de los funcionarios que ejercen la represión; el poder del Estado sin la existencia de este concepto puede convertirse en un instrumento estatal de indignidad, deshumanización y terror, y busca igualmente evitar en la medida de lo posible que los funcionarios que ejercen la persecución penal, abusen arbitrariamente del poder que les confiere su investidura, porque nunca debe olvidarse que el ejercicio del poder, es vecino de su abuso.

Al limitarse el poder punitivo del Estado y al controlarse el poder de los funcionarios que ejercen la represión, se garantizan en la medida de lo posible, la incolumidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente los que están sometidos a cualquier clase de investigación o procesamiento, penal, administrativo, o de cualquier otra naturaleza;

H. El debido proceso se integra mediante normas constitucionales, del Bloque de Constitucionalidad y legales, en las cuales se constituyen o reconocen los derechos o garantías, o son reglamentadas por las leyes y decretos. Al consagrarse limitaciones al Estado en cuanto al tiempo, la naturaleza, la clase de sanciones que puede imponer, el límite a las mismas; la forma en que deben realizarse las diligencias, las formas de investigación o interrogatorio prohibidas, la duración y la forma de ejecución de las penas; o se consagran derechos y garantías a favor de los sujetos procesales como el respeto a la dignidad humana, el derecho a la defensa técnica y material, el derecho de probar y de contradicción probatoria y dialéctica, el derecho a interponer recursos, a solicitar copias e informaciones referentes al caso, el derecho a ser escuchado dentro de la investigación preliminar o dentro del proceso penal, se logran dos objetivos fundamentales, se limita y racionaliza el poder del Estado y la autoridad de los funcionarios que ejercen la represión, - policías, fiscales, jueces, y guardianes-, y se garantiza de manera efectiva la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y todas las manifestaciones de la intangible dignidad de ser hombre;

I. El debido proceso es una garantía constitucional particularmente concebida en favor del sujeto pasivo de la acción penal, pero claramente extensible, en lo que no sea incompatible a todos los sujetos procesales, para garantizar la igualdad procesal y los derechos de todos los partícipes del proceso penal. Pero esa garantía es extensible a toda clase de actuaciones civiles, laborales, o de cualquier otra índole en las que sea susceptible la afectación de un derecho o la imposición de una carga para el ciudadano;

J. El debido proceso es un concepto mutante, en cuanto a que los cambios normativos, tecnológicos, ideológicos, culturales y sociales, económicos y de orden público, casi que de manera necesaria imponen modificaciones en cuanto a su contenido y alcance. El concepto de violación domiciliaria en la época napoleónica ha sido superado por la moderna tecnología, porque del tradicional ingreso arbitrario y abusivo a domicilio ajeno, contenido en el código penal francés de 1810, pasamos al ingreso a domicilio ajeno por la percepción por audio, o video de lo que pueda ocurrir al interior de ese domicilio;

K. El alcance, contenido y mayor o menor garantismo es diverso en cada país, puesto que responde al concepto político de Estado y de sociedad que se haya adoptado y a los fines políticos estatales o antropocentristas que el mismo se haya señalado en la línea conductora de la Constitución;

L. El debido proceso ha de aplicarse en todas las etapas pre-procesales, procesales, y de ejecución penitenciaria, como son la etapa de investigación preliminar, en la de investigación sumarial, en la fase de juzgamiento y en la etapa de ejecución punitiva, que de manera necesaria debe comprender la fase de la detención preventiva;

J. Existen tantos conceptos de debido proceso, como ordenamientos procesales y administrativos puedan existir. En tales circunstancias puede hablarse de un debido proceso constitucional, penal, laboral, civil, constitucional, administrativo, policivo, disciplinario, contravencional, de familia, fiscal, etc.

Con la idea expresada de lo que ha de entenderse por debido proceso y por algunas de sus características, ha de concluirse que el debido proceso es propio de todo tipo de ordenamientos procesales y administrativos y no es como en algún momento han pensado algunos, que se trata de una garantía propia y exclusiva del proceso penal.



Debe si reconocerse que algunas de las garantías que lo integran son propias del proceso penal y por tanto inaplicables a otro tipo de procedimientos, se hace referencia a garantías como la presunción de inocencia, que como ya se dijo son propias de la naturaleza del proceso penal; pero la existencia de esta realidad no puede llevar a la errada conclusión que el concepto constitucional allí establecido del debido proceso es solo aplicable a procesos de naturaleza penal, porque primero que todo debe interpretarse en su claridad gramatical el texto constitucional del que ha de concluirse que fue voluntad del Constituyente consagrar esta garantía para que existiese en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Pero como razón justificativa de nuestra afirmación no podemos quedarnos en la simple explicación literal de la estructura gramatical de la oración, porque es claro que si estamos viviendo en un verdadero Estado de Derecho y si los procesos tanto judiciales como administrativos son claramente contenciosos, es necesario concluir que en la decisión que se tome en cualquiera de ellos, resultarán afectados los derechos de alguno de los intervinientes o como colofón final se tomará una decisión de condena, donde podrían afectarse derechos de variada naturaleza, de protección normativa.

En tales circunstancias es natural, que el Constituyente haya previsto que en todas esas actuaciones procesales y administrativas, generalmente de naturaleza contenciosa, que tienen en común que al decidirse pueden afectarse derechos de los sujetos procesales involucrados, se hace menester, que los ciudadanos así comprometidos, tengan una serie mínima de derechos y garantías que puedan evitar que el Estado utilice tales mecanismos procesales como instrumentos de represión, persecución y de dominio; que controle el poder de los funcionarios, para evitar el capricho, la corrupción o la arbitrariedad porque como ya lo dijimos, no puede olvidarse, que el ejercicio del poder -toda clase de poder- es vecino de su abuso; que el ciudadano involucrado voluntaria o involuntariamente en este tipo de procesos contenciosos no sea avasallado en su buena fe, o que se afecten sus derechos con triquiñuelas, pruebas ilícitas, ardides o argucias que en ocasiones logran desafortunadamente alterar la verdad de la justicia; o que no vayan a ser menoscabados sus derechos por el siempre omnipresente error judicial, o mejor, por la torpeza, capricho o corrupción del funcionario que tiene la competencia para decidir.

Recuérdese que una de las garantías que hacen parte del concepto constitucional del debido proceso es el derecho ciudadano a tener acceso a la justicia, y el mismo no puede entenderse con la simplista posición de acceder materialmente a los estrados judiciales, sino que



como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, ha de ser entendido desde una perspectiva dinámica que comprende el acceder, es decir, participar activamente en los procesos, tener la oportunidad de ejercer todos los derechos implícitos en un proceso como son los de postulación, probar, contradicción, defensa, interposición de recursos, legalidad de la prueba, presunción de inocencia, carga de la prueba, y en general, todos aquellos que en la medida de lo posible y dentro de las imperfecciones de la justicia de los hombres, le garanticen al ciudadano una decisión justa y acorde con la realidad histórica de los hechos.

Si el debido proceso como se ha sostenido en precedencia constituye una limitante al poder del Estado y una valla protectora para los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la corrupción y los errores de los funcionarios del Estado; si como se ha dicho en toda clase de actividades procesales y administrativas se pueden tomar decisiones que afecten derechos de los ciudadanos, es una realidad dentro de un verdadero Estado de Derecho que el concepto del debido proceso y las garantías que lo integran, debe ser una constante en todas aquellas actuaciones judiciales o administrativas, porque sin que sean necesariamente sancionatorias, sus decisiones pueden afectar de manera grave los derechos ciudadanos.

De todo lo antes reflexionado debemos concluir que tanto nuestro constituyente, como los legisladores universal y continental, quisieron imponer el concepto democrático del debido proceso y de todas sus garantías, como un derecho imperativo de los ciudadanos involucrados en actuaciones judiciales o administrativas, y frente a tal mandato imperativo es obvio, que no está dentro de la libertad de configuración del legislador desconocer esa voluntad Superior.

Podría argumentarse que como se ha sostenido en algunas ocasiones por esa Honorable Corporación, que no todas las garantías del debido proceso son trasladables al derecho disciplinario, o por lo menos, no con la misma intensidad como se ejercen en el ámbito de los procesos penales, pero frente a esta argumentación, debemos recordar que los Tratados sobre Derechos Humanos que se han venido citando proyectan el derecho a la defensa no solo en el ámbito del derecho penal sino que lo extienden a los procesos civiles, como lo hace el Pacto Universal al determinar: “...**en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil**”. o como lo dispone la Convención Americana que extiende el derecho a la defensa, para la determinación de obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter al precisar: “...**en la sustanciación de cualquier acusación penal**”



formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter."

Sería impensable que de conformidad con tales normatividades internacionales se pudiera tener el derecho a la defensa, para buscar la protección de derechos civiles, laborales, o de cualquier otro carácter, y no se tuviera para defenderse de una imputación disciplinaria, que le podría originar hasta una sanción de cinco (5) años de suspensión en el ejercicio de la profesión médica, la que indudablemente es una pena y más grave que algunas de las que se imponen en muchos procesos penales.

No podemos menos que citar un breve aparte del salvamento de voto a la Sentencia C 259 de 1995, del lamentablemente desaparecido Carlos Gaviria Díaz, en el que se destaca la gravedad de la sanción, al sostener:

"2.No ignoro las dificultades e incertidumbres que surgen en ciertos casos cuando se trata de discernir, en función del criterio teórico expuesto, si un determinado acto es de naturaleza administrativa o jurisdiccional. Pero para esas situaciones se han propuesto criterios adicionales que tienden a preservar derechos tan dignos de ser preservados como el debido proceso. Tal, el que ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, según el cual, si la sanción que puede aplicarse es drástica, el acto que la aplica debe tenerse como jurisdiccional. Y no parece que alguien sensatamente pueda juzgar benigna una suspensión del ejercicio de una profesión hasta por cinco años.

3. Y es que en los juicios (que de veras lo son) que tienen lugar ante los tribunales de ética médica (y profesionales en general) el debido proceso puede resultar comprometido como consecuencia de alguno de estos factores:

3.1 Falta de destreza en la aplicación de normas por parte de quienes lo hacen, pues no es para cumplir esa función para lo que se han formado.

3.2 Carácter abierto de las normas que deben ser actuadas, pues ellas prácticamente defieren la tipificación de la conducta ilícita a la libre apreciación de quienes actúan como jueces. Baste citar como ejemplo ilustrativo de lo afirmado, el artículo 37 de la ley 23 de 1981 (aquí cuestionada), que define el secreto profesional de un modo realmente antológico: "Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa" (!).

Es decir, que el criterio del médico que se juzga, acerca de lo ético y lo lícito, se da por supuesto. Y si no coincide con el del juzgador será sancionado sin remedio, sin que exista una instancia externa a ambos (imparcial) que decida sobre cuál de ellos es el que debe tenerse como correcto.

Cuando esto ocurre, no puede hablarse de decisión conforme a norma preexistente, y a semejante proceder, sin duda alguna, se le puede llamar arbitrario.

3.3 Pero se dirá que como se trata de actos administrativos (pues es preciso calificarlos de ese modo para asignarles fundamento constitucional a los tribunales en cuestión) la persona lesionada por un fallo ilegal, tiene a su disposición la vía contencioso administrativa para obtener el resarcimiento. ¡Vana ilusión! Frente a decisiones apenas formalmente fundadas en normas, pero materialmente en las "buenas conciencias" (¡manes de Carlos Fuentes!) de quienes fungen de jueces, ¿qué causal de ilegalidad podría invocarse?



3.4 No parece, finalmente, que cuando los miembros de un estamento profesional, donde a menudo bullen las rivalidades y las competencias de muy diverso orden, juzgan a sus pares, se den las condiciones ideales de independencia e imparcialidad del juez, presupuesto esencial del debido proceso.

Aunque no se acusaba al llamado "código de ética médica" en su totalidad, sino a algunas de sus disposiciones, creo que la Corte ha debido ocuparse del fundamento constitucional (si alguno tiene) del tribunal llamado a aplicarlas, pues limitarse a declarar exequibles las normas demandadas supone un asentimiento tácito a la constitucionalidad de esas instituciones. (Lo destacado no lo es en el texto).

Finalmente es bueno como conclusión advertir, que es tan clara la voluntad del constituyente de universalizar la aplicación del debido proceso, que ni siquiera hace referencia a procesos judiciales o administrativos, sino que la obligación imperativa de aplicarlo se extiende a todo tipo de "**actuaciones**" judiciales o administrativas; y la voluntad de imponerlo se hace clara, puesto que un proceso es un conjunto de actos o actuaciones, que generalmente comienza con una denuncia o demanda, y luego de haberse realizado un conjunto de actuaciones investigativas y probatorias culmina con una decisión motivada, generalmente una sentencia. El Diccionario de la lengua del vocablo "proceso" nos da el siguiente significado: "Conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada".

Una actuación por el contrario es algo menos complejo, generalmente un conjunto de actividades que se realizan en un proceso, pero una actuación puede producirse por fuera de un proceso, y cuando un ciudadano reclama ante la administración un cobro por servicios públicos que le parece excesivo, o protesta por lo que considera la injusta imposición de una multa, esto constituye una actuación, y en su trámite tiene derecho a la defensa por mandato constitucional.

Partiendo de los anteriores conceptos es claro que la actuación es algo mucho más simple que un proceso, y la escogencia de un vocablo sobre el otro, revela la voluntad del constituyente de imponer una aplicación universal del debido proceso, para que se entendiera que no solo en los procesos judiciales y administrativos se debía respetar y dar aplicación imperativa al debido proceso constitucional. Y debe entenderse que algunos derechos pueden ser afectados en una actuación administrativa o judicial, de la misma manera, que de ellas pueden surgir cargas lesivas a los intereses del ciudadano.

CAPÍTULO X. EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA Y MATERIAL.



A. TRASCENDENCIA DEL DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la defensa dentro del proceso ha sido una de las grandes conquistas de la época moderna, porque pese a haber sido reconocida en el más remoto pasado, posteriormente fue ignorada con la implantación del sistema procesal inquisitivo en la época medieval, porque debe recordarse que en la forma procesal inquisitiva, caracterizada en toda su intensidad en los procesos adelantados por los Tribunales de la Inquisición, todas las funciones del proceso quedaban en manos del juez y en tales condiciones es evidente la inexistencia del derecho a la defensa, porque igualmente se debe recordar como el proceso era secreto y el procesado solo tenía derecho a la "defensa" cuando la investigación ya había sido adelantada, cuando había sido sometido a tortura y generalmente había confesado; en tales circunstancias es obvio que las posibilidades defensivas eran inexistentes, puesto que su lugar en la hoguera estaba garantizado.

Es precisamente en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, -12 de junio de 1776-, donde se consagraron algunas de las características propias del derecho a la defensa cuando se determinó en su artículo VIII:

Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pida la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá declararse culpable; tampoco puede obligarse a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales". (Lo destacado no lo es en el texto).

Este derecho innominado que aparece en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, como precursora de la Declaración de Independencia de los EE. UU. -4 de julio de 1776-, y de la expedición de la Constitución del mismo país -17 de septiembre de 1787-, en la que se viene a concretar y a nominar el derecho en la Sexta Enmienda a la Constitución antes mencionada (El derecho a un juicio justo), que se había concretado también innominadamente en la Quinta Enmienda (Los derechos en la causas penales). La Quinta Enmienda en relación con los derechos que tienen los ciudadanos en las causas penales determina:

"Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un acto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una personas dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa". (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Sexta Enmienda, sobre el derecho a un juicio justo se le da la denominación de derecho a la defensa cuando se expresa:

“En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedido a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa” ¹³. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, de manera innominada se consagra el debido proceso y surge tácito el derecho a la defensa cuando se dispone en el artículo 7º:

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable”. ¹⁴. (Lo destacado no lo es en el texto).

B. CONCEPTO SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA.

El vocablo defensa en la acepción que nos interesa significa:

“Amparo, protección, resistencia al ataque. Mantenimiento de una causa, idea o plan discutido o impugnado por otros. Socorro, ayuda. Repulsa o rechazamiento de agresión. Abogado defensor. Escrito con el que se trata de justificar o de atenuar la conducta del acusado ante un tribunal. Hecho o derecho alegado en juicio civil o contencioso de otra índole, para oponerse a la parte contraria.” ¹⁵ (Las negrillas no son del texto).

Mientras que el mismo autor de manera más concreta en referencia a la defensa en juicio nos dice:

“La que por uno mismo o por letrado se asume ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente, para intentar la absolución de una u otra especie. Integra un derecho aun en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad de que las apariencias quedan desvirtuadas o los hechos encuentran alguna justificación. Si en lo personal garantiza desde la integridad física al arsenal de los derechos individuales, se concreta también en lo patrimonial y en las demás esferas jurídicas.

¹³ Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág. 66, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

¹⁴ Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág 77, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

¹⁵ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, pág. 44, Tomo III, E. Hejiasta, Buenos Aires, 1996.

En la práctica se traduce en el derecho de las partes o del reo, según se trate de asuntos civiles o criminales, para elegir con toda libertad la asistencia profesional que deseen. Como garantía, se proclama en todas las Constituciones y se regula en todos los ordenamientos procesales; a grado tal, que, hasta contra la pasividad y la negativa, en lo penal se nombra defensor de oficio; actitud que no se lleva al procedimiento civil con tal rigor, por cuanto de los derechos propios cabe disponer mediante renuncia o abandono gratuito" ¹⁶. (Lo destacado no lo es en el texto).

La defensa como derecho del ciudadano que sufre una sindicación del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, como expresión de su soberanía interna, es la más clara expresión democrática, en la que concebimos un instrumento de convivencia (Estado) que debe ejercer un poder punitivo, para garantizar el respeto de las normas mínimas que permitan la coexistencia pacífica de la sociedad.

Pero si de la misma manera entendemos que el Estado es una creación del hombre, concebida para garantizar la obtención de sus expectativas, esperanzas, ilusiones, posibilidades, anhelos, deseos personales, sociales, políticos, económicos, culturales, etc., es claro que lo debemos concebir con un poder punitivo restringido, porque por encima del concepto de Estado siempre estará la intangible e invulnerable dignidad de ser hombre: su creador.

Dentro de tales parámetros el Estado debe ejercer el poder punitivo contra todos aquellos que vulneren normas mínimas de convivencia social, pero como siempre, el ejercicio del poder puede ser vecino de su abuso, -bien como ente Estatal, o bien como expresión de los que en su nombre ejercen ese poder represivo-, se hace indispensable que todo ciudadano que reciba la imputación de ser un presunto infractor de cualquiera de esas normas mínimas de convivencia social, deba tener el derecho, o la capacidad de enfrentar ese poder soberano en condiciones que le garanticen en circunstancias mínimas de igualdad, la posibilidad de negar la autoría, la existencia del hecho, o demostrar la inimputabilidad, la justificación de la conducta, la inculpabilidad de la acción, la atenuación de la misma, la imposibilidad de que se pudiera haber iniciado la acción, o su prosecución, de buscar circunstancias específicas o genéricas de atenuación o, en el peor de los casos, de solicitar la aplicación de una pena mínima, de un allanamiento a cargos, o de una condena condicionada.

Solo dentro de tales perspectivas podemos entender el concepto de un Estado, Social y Democrático de Derecho, y solo así puede ser comprendida la existencia de un derecho represor al que se le permite concebir la existencia de castigos para aquellas conductas que afectan las condiciones mínimas de coexistencia social; porque dentro de tales lineamientos, el inicio y en general el ejercicio del poder represivo del

¹⁶ Diccionario.....Guillermo Cabanellas.... pág 44 Tomo III Ob. Cit.

Estado solo puede entenderse dentro de las infinitas limitaciones que el mismo Estado se autoimpone, o que le determina la comunidad internacional, cuando se consagra el concepto del debido proceso, que no tiene otro objetivo que restringir el exceso en el poder represivo del Estado para evitar el abuso de poder, la arbitrariedad, el error y en definitiva la dictadura; y esto con el único objetivo de salvaguardar la vida, la honra, la integridad personal, y en fin, la totalidad de los derechos y garantías inherentes con la intangible e invulnerable dignidad del hombre¹⁷.

Etimológicamente del vocablo, **Defensa**, se ha dicho:

"Protección, acción de defender de un ataque: latín defensa, femenino de *defensus*, participio pasivo de *defendere*, defender"¹⁸.

Desde la perspectiva etimológica sobre el vocablo **Defender** se ha dicho:

"Proteger de un peligro o de un ataque; abogar a favor de: latín: *defendere*, defender, alejar, rechazar, de apartar"¹⁹.

"1155. Tomado del latín *defendere*, alejar, rechazar (a un enemigo), defender, proteger.

"Derivado. Defensa, 1490, tomado del latín tardío *defensa*. íd. Defensivo, h. 1440; defensiva, 1705, Defensor, 1438, latín defensor, *defensoris*."²⁰

Algunos proverbios latinos nos dan una idea sobre lo que se ha entendido por defensa a través de los siglos:

"Nemo debet inaudito demnari. Nadie debe ser condenado sin ser oído.

"Defensionem quo cumque tempore postulanti reo negari non oportet. Pidiéndola el reo, no se le debe negar en ningún tiempo la defensa.

« Nullus pluribus uti defensionibus prohibetur. A nadie está vedado valerse de varias defensas.»²¹

Enrique Jiménez Asenjo haciendo un símil de los aspectos bélicos del ataque y la defensa nos dice sobre el derecho a la defensa procesal:

¹⁷ Recordemos que entendemos por debido proceso el conjunto de "autolimitaciones constitucionales y legales que el Estado se impone así mismo, para racionalizar dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del *ius puniendi*, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad del funcionario o la omnipotencia del Estado. Ver Constitución, Derechos Humanos y proceso penal, Edgar Saavedra Rojas, pág 61, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

¹⁸ Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana, Guido Gómez Silva. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

¹⁹ Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana, Guido Gómez Silva. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

²⁰ Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana. Joan Corominas. E. Gredos Madrid. 1990.

²¹ Los principios generales del derecho. Repertorio de Reglas, máximas y aforismos jurídicos, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Jaime M. Mans Puigarnau. Bosch E. Barcelona 1979.



"Por una clara concepción ideal, dicha palabra - defensa - logra un sentido bélico relevante en el mundo de las realidades y expresa una de las dos operaciones fundamentales de la estrategia militar: la ofensiva (ofensa) y la defensiva (defensa); esta última como opuesta a la primera, para enervarla o destruirla. Luego, mediante una clara transposición de ideas, la acción ofensiva o defensiva se fija en el instrumento o los elementos que contribuyen a verificarla, y así se llama también " defensas " a las armas, instrumentos o elementos, en general, que contribuyen a proteger del peligro que amenaza, o a las obras, fortificaciones o medios que se realizan, o las medidas que se toman para lograr su fin propio, siendo la defensa, activa si se opone a la acción que se ofende o ataca, otra acción (reacción) de signo igual o contrario que aquella, neutralizándola o destruyéndola; y pasiva, si se limita a resistir (sin reacción), evitando sólo sus efectos por medios pacíficos.

De aquí se desprende:

1. La idea de defensa es correlativa, y se da en función de la ofensa.
2. Implica una actividad de signo igual, pero contrario a la primera; y
3. Posee un carácter preponderantemente bélico, en cuanto tiende a enervar o destruir todo aquello que se le opone." ²².

La interpretación propuesta por el autor citado, en la que da una referencia bélica al derecho que se estudia no es gratuito, pues para llegar a ella, parte del significado etimológico del verbo "defender" del que como ya se vio atrás, se concreta en el rechazo de un ataque.

Es claro que partiendo de tal concepción etimológica ha de entenderse de manera necesaria, que la imputación penal que el Estado formula a sus súbditos constituye una verdadera agresión que afecta, o puede afectar de manera grave sus derechos personalísimos, particularmente la libertad de locomoción, los derechos políticos, el honor, el ejercicio de una profesión u oficio, el patrimonio y algunos otros derechos fundamentales como la patria potestad y otros derechos igualmente trascendentes; agresión que genera por reconocimiento del Estado, el derecho del ciudadano a defenderse de tal imputación, derecho defensivo que surge fundamentalmente del reconocimiento constitucional según el cual se lo presume inocente mientras el Estado no logre demostrar su culpabilidad.

El símil bélico planteado por Jiménez Asenjo no surge entonces de la inventiva del autor citado, sino del significado mismo del vocablo con el cual se quiso bautizar el derecho que se le concede al ciudadano para que lo ejerza frente al Estado, cuando este pone en duda su presunción de inocencia mediante la formulación de una imputación y el inicio de un proceso investigativo, que eventualmente puede culminar con una condena.

Y bien sabemos que el proceso tiene las características de una verdadera batalla, dialéctica sí, pero combate en el que se entrecruzan los ataques de los sujetos procesales tendientes a la búsqueda de un

²² Enrique Jiménez Asenjo. Nueva Enciclopedia Jurídica. pág 320 Tomo VI . F. Seix Editor. Barcelona 1.954.

resultado final: absolución, atenuación de la imputación o de la pena, reconocimiento de determinados beneficios de un lado; y del otro, condena, agravación de la pena, indemnización de perjuicios, restablecimiento del derecho, verdad y justicia.

El juez en cumplimiento de su deber y de su finalidad constitucional trabaja en la búsqueda de la verdad, para poder impartir justicia de conformidad con ella; mientras que los sujetos procesales luchan por la obtención del resultado buscado de acuerdo con sus pretensiones procesales y conforme a lo que permitan los hechos probados dentro del proceso; pero claro que éstos últimos, en muchas ocasiones con una evidente parcialidad en la búsqueda de un objetivo determinado, parcialidad finalística que nunca puede estar dentro de los propósitos de los jueces.

El mismo autor destaca las diversas acepciones que el vocablo defensa tiene para el derecho, haciendo especial énfasis en la que a nosotros particularmente nos interesa, esto es la defensa en juicio cuando nos dice:

"Para el derecho, la palabra "defensa" posee también acepciones o significados diferentes, y así unas veces se aplica, como eco de su significado original, al ejercicio de una actividad jurídica de amparo y protección a quien se encuentre atacado, por el ejercicio de una acción dirigida contra él, o bien, por transposición del acto al agente, se llama también "defensa" a la persona que ejercita esta actividad, o también al instrumento o pieza oratoria utilizada para defender, con lo cual se verifica, en el sector jurídico, análogo fenómeno de mimetismo que en el real ya observado."

El autor antes citado nos da razones de particular importancia procesal para justificar la existencia de la defensa en juicio cuando nos dice con particular sabiduría que:

"Se deriva de la consideración del proceso como un derecho -duelo judicial-, en donde las armas que se esgrimen son la razón y la dialéctica, puestas al servicio del descubrimiento de la verdad y los principios de justicia que deben aplicarse. La lucha, por consiguiente, requiere igualdad de armas, pues de lo contrario autorizaría una felonía en favor del combatiente mejor equipado. Así lo que está permitido a la acusación, debe permitirse a la defensa y, de este modo, mantener la imparcialidad, tanto del órgano jurisdicente como de la acusación, es una consecuencia necesaria de la "igualdad" procesal, tanto en el sumario, si ello es posible, como en el plenario." Si se negase la defensa en el sumario, sólo serviría para la acusación, y no es así, pues el sobreseimiento carecería de base racional y sentido" (Orbaneja). Con la instauración de la asistencia de un patrono perito en derecho, la ley trata de articular en el procedimiento la igualdad de armas. Así se encuentra sancionado en nuestra Ley procesal penal.

En resumen, la defensa es útil y necesaria:

1. Porque representa un derecho natural humano.
2. Porque equilibra las fuerzas contendientes en la litis.
3. Porque consagra el principio de igualdad de armas entre las partes.
4. Porque completa los conocimientos de los justiciables e ilustra al juzgador.



5. Proporciona ponderación y dignidad a la discusión, eliminando la pasión personal; y

6. Contribuye, como dice Aguilera, indirectamente a la difusión de la cultura jurídica entre técnicos y profanos, facilitando la publicidad de los debates."²³

Si estamos hablando de ataque y defensa y todo ello dentro de un marco jurídico, necesariamente ese duelo judicial solo puede concebirse dentro del plano de la más absoluta igualdad, -teóricamente hablando-, porque es claro, que cualquier matiz que establezca la preponderancia de uno de los sujetos de la lucha, hace cesar el equilibrio de la misma y consecuentemente la existencia de tal derecho y del Estado calificado como de Derecho.

Hablamos de la igualdad y lo hacemos al referimos en un plano teórico, porque es evidente que el poder del Estado es inconmensurable y de manera necesaria, siempre el ciudadano que lo enfrenta estará en situación real de desigualdad; pero pese a la existencia de la misma, recordemos lo que ya hemos dicho con anterioridad que al establecerse el concepto del debido proceso, el Estado autolimita su poder represivo y cada una de las restricciones que se impone constituye una garantía consagrada en beneficio del ciudadano; garantías que al establecerse de manera real, logran un cierto equilibrio entre el infinito poder inquisitivo del Estado y la débil capacidad defensiva del ser humano.

No está por demás recordar el derecho a la defensa que se consagra como causal de irresponsabilidad penal en favor de los ciudadanos²⁴, cuando son objeto de una agresión, permitiéndoseles rechazar la misma, siempre y cuando, la reacción defensiva sea proporcionada -similar- a la agresión de que se es objeto.

Recordamos la institución del derecho penal, simplemente para evidenciar, que siempre el legislador en la búsqueda de la justicia, del equilibrio, de la equidad, persigue una cierta proporción entre los contendientes y es evidente que para efectos de la justificación de la defensa en el ámbito del derecho penal, o para el ejercicio del derecho a la defensa dentro del proceso penal, siempre se trata de conseguir la igualdad entre las partes, porque de existir la misma, estaremos frente a la igualdad y ello significa justicia que al fin y al cabo es el objetivo político último de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.

²³ Enrique Jiménez....Nueva Enciclopedia....pág. 323 Tomo VI Ob. Cit.

²⁴ ART. 32. *Ausencia de responsabilidad.* No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

6. *Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas. (El aparte destacado no lo es en el texto).



C. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Es evidente que las críticas que se le formulan al derecho a la defensa no son de carácter esencial y tan cierto es ello, que hoy universalmente se encuentra reconocida en todas las constituciones y legislaciones del mundo, porque además se cuenta en este aspecto con el apadrinamiento de las Naciones Unidas que la consagran en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al determinarse:

“Art. 10. Toda persona tiene derecho, *en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*”

“Art. 11. 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad*, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (.....)” (Lo destacado no lo es en el texto).

En el Pacto Universal de Derechos Humanos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos al consagrarse las garantías del debido proceso no solo en las actuaciones penales, sino para la determinación de sus derechos civiles, laborales y de cualquier otra naturaleza, sin olvidar que de manera más enfática la Convención establece que el derecho a estar asistido por un abogado es irrenunciable.

D. TRAYECTORIA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA DEFENSA EN COLOMBIA.

Entre nosotros con la aprobación de la Constitución de 1.991, se avanza positivamente en este aspecto tan duro y permanentemente conflictivo, pues es bien sabido que, en relación con él, la controversia doctrinaria ha sido permanente y la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de justicia, cambiante con el paso de los tiempos.

El legislador consecuente con las nuevas directrices constitucionales mejoró notablemente la reglamentación relacionada con el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso penal; y en aquellos casos donde bajo el influjo de los parámetros señalados por la justicia regional quiso establecerle limitaciones, afortunadamente la Corte Constitucional ha declarado inexecutable tales normas, o las ha condicionado, y ha dejado sentado con claridad que no es posible imponerle restricciones al ejercicio del derecho constitucional de la defensa en las actuaciones procesales²⁵.

E. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA.

En vigencia de las legislaciones precedentes existía norma que autorizaba el nombramiento de una persona que no fuese abogada, cuando no existieren en el lugar abogados inscritos²⁶.

La norma precedente fue declarada con buen criterio como vulnerante de la Constitución Nacional por medio de la Sentencia C-592/93. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Es una decisión trascendente, porque se ratifica que el derecho a la defensa técnica no es un problema puramente formal, sino que la defensa tiene que ser real y efectiva, esto es realizada por una persona perita en asuntos jurídicos, debidamente preparada y autorizada académicamente para la realización de la defensa de personas involucradas en procesos de esta naturaleza.

F. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEFENSIVA.

En general se trata de una garantía inherente e inescindible del debido proceso que aparece en todos los documentos internacionales, donde se lo consagra como uno de sus fundamentales derechos.

En relación con la historia del derecho obligatorio a la defensa, Enrique Jiménez Asenjo nos dice:

"La defensa obligatoria. Para el genio de Carrara la cuestión aparece clara y evidente. Montada "la defensa" sobre el doble juego de los principios expuestos, de los mismos se deriva la consecuencia ineludible **"de que el reo puede renunciar a su propia defensa y debe designársele, aun a su pesar, una persona capaz de patrocinar su causa."** Es más, añade: **"ahí no puede renunciar expresamente, tampoco puede hacerlo tácitamente"**. El reo, el inculpado, ha de ser defendido, por tanto, aun contra su voluntad.

Del propio modo que a nadie le es lícito renunciar a su vida ni a su libertad, según enseñó incontrovertiblemente el racionalismo del siglo XVIII, tampoco es lícito ni admisible renunciar

²⁵ Ver sentencias de la Corte C.: C 479 del 92, C 049 del 93, C-150 del 93, C-412 del 93, C-394 del 94, C 071 95, C-049 del 96, C 069 del 96.

²⁶ Código Procesal de 1991. ART. 148. *Personas habilitadas para la defensa del imputado. (De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público).*

Los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública. ^{NOTA:} EL primer inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-049 de febrero 8 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

a los medios jurídicos de su conservación y protección, a la defensa directa, así como a la jurídica o procesal. En la práctica antigua prevalecía el mal uso de negársele al reo confeso, por el fatal aforismo *in confessos nullae sunt partes nisi in condenando*. El principio de la obligatoriedad de la defensa está admitido en el mundo entero.”²⁷.

Una posición que podríamos denominar asistencial, considera que el abogado se limita a socorrer o ayudar al procesado en el ejercicio de sus derechos procesales. De aquí que el defensor, como todo asistente o auxiliador, se rija por normas que están fuera de la esfera de disposición del asistido, son de orden público, y por ello tiene que soportar ciegamente su actividad. Sin embargo, es un hecho notorio que la designación y la permanencia en el cargo dependen del cliente, puesto que posee el derecho de retirarle su confianza al encargo dado, en los nombramientos libres, e incluso en los casos de designación oficiosa puede designar uno de su libre elección o solicitar que se le nombre otro, en virtud de causas de incompatibilidad apreciadas en el seno de la conciencia profesional.

G. DEFENSA TÉCNICA Y DEFENSA MATERIAL.

El derecho a la defensa tal como se concibe constitucional y legalmente lo debemos mirar desde una doble perspectiva, -defensa material y defensa técnica-, porque así se establece dentro del precepto constitucional al declararse que:

“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”.(Lo destacado no lo es en el texto).

Es claro que se consagra el derecho a la defensa material y a la defensa técnica, la primera al establecerse que todo sindicado tiene derecho a la defensa, y la segunda, cuando se autoriza a que sea asistido por un defensor de su confianza, de oficio, o uno de la defensoría pública²⁸.

Y debe entenderse por defensa material la que ejerce el propio sindicado, que le permite hacer peticiones respetuosas, solicitar la práctica de pruebas, aportar medios de convicción, solicitar su participación en las diligencias procesales y en la práctica de las pruebas, interponer recursos, contrainterrogar a los testigos y en fin, realizar todas las actividades que sean necesarias para el cabal ejercicio de su defensa, con las únicas limitaciones establecidas para

²⁷ Enrique Jiménez Asenjo. Nueva Enciclopedia Jurídica. pág 324 Tomo VI . F. Seix Editor. Barcelona 1.954.

²⁸ Art. 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1.....

4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.

8.....”.



efectos de que se garantice de manera efectiva el derecho a la defensa técnica que es fundamentalmente, la imposibilidad de poder sustentar el recurso extraordinario de casación, y en caso de contradicción o incompatibilidad entre las peticiones formuladas por él y las de su defensor, deben prevalecer las de este ²⁹.

Estas limitaciones establecidas por el legislador para el ejercicio de la defensa material, deben ser entendidas como una forma de proteger los derechos del procesado, porque siendo la casación un recurso fundamentalmente técnico, que por lo mismo requiere no solo de la preparación que en principio solo tienen los abogados especializados en el derecho penal, y de manera concreta los preparados en la técnica de este recurso, el éxito o el fracaso de las pretensiones del libelo, dependen fundamentalmente de que se cumpla con los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para este recurso³⁰, porque es evidente que cuando es elaborado sin el cumplimiento de los requisitos que lo gobiernan, por encima de la justicia, el recurso fracasa³¹.

De la misma manera, cuando se establece la prevalencia de las peticiones del defensor sobre las del procesado, es para proteger de una manera efectiva sus derechos, porque siendo el abogado un técnico, se supone que en principio sus peticiones serán siempre más acertadas que las del sindicado que carece de esa formación profesional, y porque en sus solicitudes puede estar influido emocionalmente por las circunstancias psicológicas difíciles que le toca vivir.

Entendida así la defensa técnica y así regulada por nuestra legislación es imprescindible que los funcionarios judiciales -fiscales y jueces- hagan un esfuerzo interpretativo de los mensajes enviados por los

²⁹ ARTÍCULO 130. *ATRIBUCIONES*. Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 80. de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.

³⁰ ARTÍCULO 182. *LEGITIMACIÓN*. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio.

³¹ En este punto es muy importante reflexionar si la técnica de casación se justifica, y si todavía, lo que es más grave, puede subsistir en vigencia de la actual Constitución.

Lo anterior, porque partiendo de lo que constituye un principio de la Carta Política, - el 228, que plantea la primacía del derecho sustancial-, es posible que un recurso sea rechazado porque no cumple determinados requisitos de técnica, y en tales condiciones se soslaya o vulnera el principio de la primacía del derecho sustancial.

Pero, debe compaginarse la competencia constitucional según la cual, la casación es una función de la Corte, pero la Constitución no dice que tiene que ser con una técnica determinada y menos que esa técnica pueda llegar a superar los intereses superiores de la justicia. Porque debe recordarse que la técnica casacional es una creación del legislador.

sindicados, porque no siendo peritos en derecho, no les podrían exigir tecnicismos que humanamente no pueden aportar, y es aquí donde el funcionario judicial con un profundo sentido humanístico debe interpretar su lenguaje para concluir acertadamente cual es el argumento defensivo que quiere hacer llegar al proceso y de conformidad con esa voluntad del sindicado, resolverle jurídicamente sus peticiones.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una reiterada jurisprudencia, porque siempre ha sostenido en relación con el recurso extraordinario de casación, que cuando el sindicado al notificarse de la sentencia de segunda instancia consigna la expresión: "apelo" ha de interpretarse que está en desacuerdo con la decisión que se le notifica y que por tanto debe entenderse que está interponiendo el recurso extraordinario de casación.

La defensa técnica se garantiza con la asistencia de un defensor principal, libremente designado por el imputado, o en su defecto por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, debiendo recordar la facultad de poder designar un defensor suplente que actúa bajo la responsabilidad del principal³².

La defensa técnica se garantiza fundamentalmente con el defensor de confianza, pero para quienes carecen de los medios económicos para hacerlo, está prevista la defensoría pública bajo la dependencia de la Defensoría del Pueblo³³.

Pese a lo sostenido inicialmente por la ley procesal, según la cual el derecho a la defensa solo surge desde el momento de la formulación de la imputación o, desde el momento de la captura (arts. 8 y 119), el derecho a la designación de un abogado surge desde el momento mismo en que surge la imputación que da origen a la apertura de una investigación preliminar, o desde el momento de la captura, de conformidad con lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C 799 del 2 de agosto de 2005 con ponencia del H. M. Jaime Araujo Rentería.

³² ARTÍCULO 121. *DIRECCIÓN DE LA DEFENSA*. El defensor que haya sido designado como principal dirigirá la defensa, pudiendo incluso seleccionar otro abogado que lo acompañe como defensor suplente, previa información al juez y autorización del imputado. Este defensor suplente actuará bajo la responsabilidad del principal y podrá ser removido libremente durante el proceso.

³³ Art. 282 C. N.-" El defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

.....
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
8.....".

La Corte en la decisión antes mencionada, respondiendo demanda del suscrito y del Dr. Mauricio Hidalgo, en relación con el momento en que el ciudadano tiene derecho a defenderse y ser defendido sostuvo:

“3.3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Problema Jurídico

Corresponde a esta Corte establecer, *en primer lugar*, si existe violación al derecho de defensa cuando la norma acusada determina que este derecho se podrá ejercer desde el momento en el cual se adquiriera la condición de imputado; para en una *segunda parte*, analizar si el hecho de que la causal b) del artículo 8 de la ley 906 de 2004, ampare la no incriminación hasta el cuarto grado civil es violatoria del artículo 33 Constitucional.

a. Artículo 8° inciso primero.

Para poder establecer si el ejercicio del derecho de defensa desde que se adquiere la condición de imputado es violatorio de la Constitución, debe analizarse primeramente el derecho de defensa, aunado con la jurisprudencia de ésta Corporación, para finalmente estudiar específicamente la norma demandada a la luz de los argumentos expuestos.

Primeramente, debe decirse que el derecho de defensa garantiza que se concurra al proceso, que se haga parte en el mismo, que se ejecute una defensa y se presenten pruebas y alegaciones.

Por consiguiente, el derecho de defensa es una de las tantas garantías que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico” Es decir, el derecho de defensa es de aplicación general y universal. Al respecto a dicho esta Corporación:

“La concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella”.³⁴

Así entonces, debe tenerse en claro que el derecho de defensa, como base fundamental del Estado de Derecho, ha adquirido una connotación general para todo el ordenamiento jurídico el cual debe verse constantemente influido por su presencia so pena de atentar contra el valor “justicia” admitido y delineado por el Estado Colombiano, principio sobre el que comienza a enfatizarse a partir del propio Preámbulo constitucional.

Pues bien, respecto a investigaciones penales, esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto. Entre dichos fallos encontramos:

“De lo anterior se puede concluir:

- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.
- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo

³⁴ Sentencia C-131 de 2002 Corte Constitucional.

investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal, puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.

- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.

- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de preprocesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

Por el contrario, corresponde al ordenamiento jurídico reforzar el principio de dignidad humana, de raigambre Constitucional, permitiendo que la persona ejerza general y universalmente su derecho de defensa. Lo anterior, para evitar que la persona en realidad sea *sujeto* del proceso penal y no *objeto* del mismo".³⁵

La anterior decisión es la ratificación de una línea jurisprudencial, porque en vigencia de la anterior normatividad procesal, al analizarse la constitucionalidad del artículo 129 consagradorio del derecho a designar abogado de confianza, no era solamente desde la vinculación por medio de indagatoria o de declaratoria de reo ausente, sino que por la interpretación que la Corte Constitucional dio a esta norma cuando la declaró exequible, pero condicionándola, en el sentido debía de entenderse que desde antes de la vinculación se tenía derecho a la asistencia de un defensor, cambiando así la jurisprudencia que en sentido contrario se había sostenido con anterioridad y corrigiéndose una evidente desigualdad, puesto que entre los derechos del capturado se encontraba el de entrevistarse de manera inmediata con un defensor que lo asistiera³⁶, con otras previsiones absolutamente vitales para poder concretar en la realidad esa constitucional garantía, tales como el derecho a ser informado sobre los motivos de la captura y quien la ordenó; porque es evidente que es imposible defenderse si se desconoce cuál es la imputación que se le formula a un ciudadano, de la misma manera que es imposible ejercer cabalmente tal derecho, sino se tiene información de cuál es el funcionario que adelanta la investigación; y otro derecho igualmente trascendente es informar a la persona allegada a la que se le puede comunicar sobre su aprehensión, porque de manera regular la pérdida de la libertad impide que el

35 Sentencia C 799 01.M.P. Jaime Araujo R.

36 Ley 600 de 2000. ART. 349. *Derechos del capturado*. A toda persona capturada se le hará saber en forma inmediata y se dejará constancia escrita:

1. Sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó.
2. El derecho a entrevistarse inmediatamente con un defensor.
3. El derecho a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que éste indique.
4. El derecho a no ser incomunicado.

capturado se pueda poner en contacto con un abogado o que pueda comunicar su infortunio a los allegados o seres queridos, de tal manera que en circunstancias tan precarias informarle a los parientes o amigos se convierte en un imposible, de la misma manera que conseguir un abogado que se haga cargo de la defensa.

Recuérdese que el Constituyente no estableció ninguna limitante al derecho a la defensa, y tan cierto es ello que la propia Corte Constitucional ha aceptado que durante la investigación preliminar el imputado tiene derecho a estar representado por un abogado para que lo defienda -Sentencias C-150 del 22 de abril de 1.993 y C-049 del 8 de febrero de 1.996-, porque en estos fallos se estableció que el derecho a la defensa era integral y debía de ser garantizado en todas las etapas del proceso, incluso la pre-procesal de la investigación preliminar.

Pero lo más importante era la clara restricción al derecho a la defensa que no existía por consagración constitucional, pero que fue profusamente reconocido en la jurisprudencia penal y constitucional de la Corte Suprema de Justicia, porque la realidad era que al sindicado sólo se lo dejaba hablar con el defensor, después de haber rendido la indagatoria y posiblemente cuando ya había incurrido en errores estratégicos, insuperables en el desarrollo posterior del proceso. Por eso se eliminó la incomunicación para que los sindicados pudieran hablar con su defensor antes de rendir la diligencia de descargos, porque es antes de contestar este importantísimo interrogatorio que se necesita de la asistencia de un perito en leyes, porque los errores allí cometidos podrían llegar a ser insalvables y hacer nugatoria la asistencia profesional posterior.³⁷

Existen otras normas de las que surge con claridad que el derecho a la defensa surge desde el momento en que las imputaciones se concretan en una investigación preliminar y así se dispone en el artículo 267 del C. de P. P³⁸, al establecerse que quien tenga conocimiento de que se le adelanta una investigación previa tiene derecho a designar defensor que lo asista en esa diligencia y las posteriores.

³⁸ ARTÍCULO 267. *FACULTADES DE QUIEN NO ES IMPUTADO.* Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO XI. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y SU VARIADA POSICIÓN EN RELACIÓN AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA, Y DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO.

La verdad es que la jurisprudencia de la Honorable Constitucional no ha sido uniforme en relación con el ejercicio del derecho a la defensa en los procesos disciplinarios administrativos y, cuando ha considerado que el ejercicio de la defensa en los mismos es facultativa, de conformidad con lo dispuesto en la ley respectiva, el control de constitucionalidad no se ha hecho como lo ha dispuesto la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, haciendo la confrontación de la norma demandada con el articulado de los tratados de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Si se ha reconocido, partiendo de lo previsto en el artículo 93 de la Carta, que las disposiciones de los Tratados Internacionales ratificados por Colombia en relación con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, conforman el bloque de constitucionalidad y sus preceptos tienen prelación valorativa sobre la normatividad interna, y que deben ser tenidos como parámetros de referencia en los juicios de constitucionalidad, es de lógica elemental, que al hacerse el control de exequibilidad de una Ley, debe confrontarse la norma demandada, con las disposiciones de esos estatutos internacionales³⁹.

Nos parece que la normatividad constitucional, gramaticalmente no admite dubitaciones en cuanto a que el debido proceso y las garantías que lo integran son de aplicación imperativa en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y sin que en las previsiones de la Carta Política exista un precepto que disponga que esas garantías deben ser aplicadas con menor rigor e intensidad en el derecho disciplinario:

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

Es más que evidente que la inflexión verbal utilizada, "**se aplicará**" es "**imperativa**", y por tanto el respeto al debido proceso y sus libertades,

³⁹ ARTICULO 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

(.....) (Lo destacado no lo es en el texto).

derechos, garantías y principios, de manera necesaria deben ser aplicados a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Lo anterior quiere decir, que su utilización no queda al libre criterio del intérprete y aplicador de la norma; y por tanto no son admisibles razones de conveniencia, ni siquiera podrían tenerse en cuenta factores de la dificultad que en un momento determinado puede conllevar el adelantamiento de un proceso administrativo disciplinario con el respeto de las garantías que integran el concepto del debido proceso constitucional.

Si bien es una realidad que el derecho disciplinario hace parte del derecho administrativo, tanto la doctrina, como la jurisprudencia de nuestros tribunales han reconocido, que pese a su naturaleza administrativa, el derecho disciplinario hace parte de la enciclopedia de las ciencias penales, y no puede ser de otra manera, puesto que es de naturaleza sancionatoria y de manera regular, se le han reconocido en su trámite las mismas garantías que son propias del proceso penal.

Precisamente en el segundo fallo de constitucionalidad que se ha dictado respecto a la norma ahora demandada, se reconoció la identidad de principios existentes entre el derecho disciplinario y el derecho penal, al expresar esa Honorable Corporación:

"El proceso disciplinario contenido en las disposiciones demandadas tiene efectos sancionatorios por infracción de las normas en materia de ética médica, que conllevan a una responsabilidad derivada del derecho administrativo disciplinario. Acerca del mismo, la Corte Constitucional ha expresado:

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada "derecho administrativo disciplinario". Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicán también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal

común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa"

*En consecuencia, se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas."*⁴⁰

Ahora bien, es preciso analizar si el proceso ético-profesional regulado por la Ley 23 de 1981 a través de los preceptos demandados cumple o no con los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política."

El Pacto Universal, Ley 74 de 1968, extiende el cubrimiento de las garantías propias del debido proceso no solo para ser aplicadas en el proceso penal, sino que lo extiende para la determinación de las obligaciones civiles, y la Convención Americana de Derechos Humanos lo proyecta además del derecho penal, al laboral, civil, y a los de cualquier otra naturaleza.

Las normas de los tratados son extremadamente claras y no surge dubitación de ninguna naturaleza, - en cuanto a la aplicación universal del debido proceso y sus garantías-, porque si se extienden estas garantías a procesos de responsabilidad civil y laboral, con mayor razón son aplicables a un derecho disciplinario sancionatorio, y con mayor fundamentación a un proceso donde la sanción máxima puede conllevar la privación del ejercicio de la profesión por un período hasta de (5) cinco años.

Pero si no fuera suficiente con lo anterior, en el literal e) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana, se establece que el derecho a la defensa es "irrenunciable", al establecerse:

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:

.....
e). **Derecho irrenunciable** de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley."

40 Sentencia T-438 92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es claro que cuando se consagra un derecho o beneficio de cualquier naturaleza y se determina que la aceptación del mismo es “facultativo” del beneficiario, quiere decir, que es renunciable por su libre voluntad. Pero es claro que el legislador continental, quiso relieves la importancia del derecho defensivo en todo tipo de actuaciones donde estuviesen en peligro derechos de una persona, como uno de carácter irrenunciable.

Y de conformidad con este tratado, es irrenunciable en procesos civiles, laborales, o de cualquier otra naturaleza.

Analizados dentro del significado del idioma, el mandato constitucional según el cual, esta garantía se “**aplicará**”, y el americano de, “**irrenunciable**” referidos sucesivamente al respeto del debido proceso y al reconocimiento obligatorio del derecho a la defensa técnica, no puede quedar la más mínima duda, que cualquier decisión legislativa, o interpretación judicial en cuanto a la inexistencia del derecho a la defensa en ciertas actuaciones o a su reconocimiento facultativo, se trataría de normas o decisiones judiciales claramente contrarias al bloque de constitucionalidad.

Esta sola disposición sería más que suficiente para declarar la inexecutable de la inflexión verbal “**podrán**” contenida en el artículo 77 de la Ley 23, porque este vocablo traduce o significa que el disciplinado puede renunciar al derecho a la defensa, entendido este, como el de estar acompañado por un abogado defensor a lo largo del proceso disciplinario.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido clara, ni uniforme en relación con las garantías que deben reconocerse en el derecho disciplinario, y en unas ocasiones ha aceptado que no todas las garantías del derecho penal son aplicables a este, o por lo menos no con el mismo rigor e intensidad. Por el contrario, en otras, ha admitido que las garantías aplicables al derecho disciplinario son las mismas reconocidas para el derecho penal. Veamos algunas de aquellas en las que se ha sostenido, que las garantías son aplicables pero no con el mismo rigor que en el derecho penal.

Son varias las decisiones de constitucionalidad en las que se ha admitido, contra lo dispuesto expresamente en las normas superiores que integran el bloque de constitucionalidad, que en ciertas manifestaciones del derecho disciplinario el derecho a la defensa es potestativo.

Ante la imposibilidad de analizarlas todas, hemos seleccionado la Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, con ponencia del H. M. Jaime Córdoba T., en la que se resolvió la exequibilidad parcial del artículo 42 de la Ley 610 de 2000, que regula el proceso de responsabilidad fiscal, concluyéndose que en la versión que rinde el disciplinado en procesos de responsabilidad fiscal, si quiere puede designar apoderado, pero en caso de no hacerlo, no existe la obligación a designarle defensor de oficio; y que si la diligencia se realiza sin la presencia del defensor, la misma no podrá ser invalidada por esta omisión.

Seleccionamos esta decisión de esa Honorable Corporación, porque es la que regularmente se cita, para tratar de demostrar que el derecho a la defensa es potestativo en los procesos disciplinarios en general, y de manera concreta en el proceso médico ético disciplinario.

El artículo cuestionado parcialmente en su constitucionalidad en ese proceso de constitucionalidad, establece:

"ARTÍCULO 42. **GARANTÍA DE DEFENSA DEL IMPLICADO.** Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, **para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista** y lo represente durante el proceso, y así le hará saber al implicado, **sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.**

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado. (Los apartes destacados fueron los demandados como contrarios al texto de la Carta)."

En la parte inicial de los considerandos de esta sentencia, se enumeran una serie de temas, que anuncia serán analizados para tomar la decisión correspondiente, y que finalmente le sirven para fundamentar el sentido del fallo, entre los que se encuentra el siguiente:

"La inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio de ese derecho en el proceso de responsabilidad fiscal".

Se argumenta en el mencionado fallo que al no hacer alusión en el texto constitucional al ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, queda la puerta abierta para el legislador regularlo como a bien considere.

La anterior es una argumentación engañosa, porque es claro que el constituyente no tendría por qué hacer referencia al ejercicio del

derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, ni en ningún otro sistema procesal, ni disciplinario. Al fin y al cabo, la Constitución no es una codificación procesal que deba contener todas las ritualidades que deban cumplirse en los distintos procedimientos disciplinarios, ni en los judiciales, que actualmente existen en la normatividad nacional.

En tales condiciones es claro que la no referencia en el texto constitucional, al ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, no constituye una omisión del constituyente, sino que por el contrario, hacer esta exigencia es un verdadero atentado contra la técnica de configuración constitucional, porque la problemática del ejercicio del derecho a la defensa en toda clase de procesos judiciales y trámites administrativos, está resuelto en el primer inciso del artículo 29 y es imposible exigir que en el texto de la Carta se haga una referencia específica al ejercicio de la defensa en todo tipo de procesos judiciales y administrativos.

En la argumentación que reprochamos se considera:

“Nótese cómo, a diferencia del proceso penal, el proceso de responsabilidad fiscal no ha sido detenidamente regulado por el constituyente. Se hacen referencias generales en torno a él cuando se desarrolla el control fiscal como función pública correspondiente a la Contraloría General de la República, pero de ellas no se infiere que en la exposición libre y espontánea sea necesario, como presupuesto de validez, que el investigado esté asistido por un abogado. Es más, se le defiere a la ley la determinación de los procedimientos, sistemas y principios aplicables en ese ámbito. De esta forma, cuando se trata de un proceso de responsabilidad fiscal, el derecho a la defensa también debe ser reconocido, pero ante el silencio del constituyente, sus distintos contenidos, y entre ellos el derecho a la defensa técnica, deben ser regulados por el legislador.” (Lo desatacado no lo es en el texto).

Es claro que dentro del poder de configuración legislativa que le compete al Congreso de la República debe regular todos los aspectos no previstos en la Carta Política, y debe reglamentar todos los asuntos y materias allí mencionados, pero este derecho no faculta al legislador para limitar, restringir o desconocer derechos y garantías que tienen reconocimiento constitucional.

Es claro que al haberse establecido en el artículo 29 lo relacionado con el debido proceso y sus garantías, para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, no estaba el constituyente en la obligación a hacer una especial mención al ejercicio del derecho a la defensa en el proceso disciplinario administrativo de responsabilidad fiscal, ni de ningún otro tipo de procedimiento judicial o disciplinario, porque lo dispuesto en el artículo antes mencionado es un mandato de carácter general, que inhibe al constituyente de tener que, volver

a tocar esta temática de manera específica en relación a cualquier tipo de procedimientos judiciales o administrativos.

Esa exigencia es verdaderamente inaceptable, y no corresponde a la verdad, como se demostrará un poco más adelante, porque, al establecerse en el primer inciso del artículo 29 que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, hace innecesario e irrelevante que el constituyente tenga que hacer un catálogo de cómo se debe regular el derecho a la defensa en los múltiples procesos administrativos disciplinarios que ha consagrado el legislador.

No es cierto que el proceso penal se encuentre regulado minuciosamente por el Constituyente, y dentro de la técnica constitucional es imposible pretender que en la reglamentación que se hace del funcionamiento de la Contraloría General de la República, se hubiera incluido alguna previsión relacionada con el ejercicio del derecho a la defensa en la versión que los disciplinados rinden en el proceso de responsabilidad fiscal.

Y tampoco es cierto que el constituyente hubiere guardado silencio sobre el ejercicio del derecho a la defensa en los procesos de responsabilidad fiscal, porque no de una manera individualizada, sino con propuesta general y abstracta -como son y deben ser las normas constitucionales- se determinó que el debido proceso y con él, el derecho a la defensa, se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y es claro que el proceso de responsabilidad fiscal es una actuación administrativa disciplinaria, que por tanto se encuentra incluida dentro del imperativo mandato contemplado en el inciso primero del artículo 29 constitucional.

En las consideraciones de esa Honorable Corporación, en la providencia que ahora se cuestiona, se incurre en un grave error de comprensión gramatical, porque es evidente que si en el inciso introductorio del artículo 29 de la Carta Política, donde se consagra el **debido proceso**, y se determina que el mismo **se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas**, es evidente que ha de concluirse dentro de la lógica gramatical, que si el todo, -el debido proceso-, se debe aplicar a toda clase de actuaciones adelantadas por el Estado, sin hacer distinción entre las judiciales y las administrativas, no es posible al intérprete hacer distinciones o restricciones que no han sido establecidas por el constituyente.

No debe olvidarse que, en uno de los criterios interpretativos de las normas, el legislador ha establecido que cuando el texto de la norma es claro, no puede el intérprete desatender su tenor literal, a pretexto

de consultar su espíritu⁴¹; de la misma manera, que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general que el idioma le da a las mismas palabras⁴².

De conformidad con los anteriores parámetros interpretativos es inentendible la decisión que se critica, porque es imposible pretender que, si el constituyente con claridad gramatical impuso de manera imperativa la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, el intérprete y aplicador de tales preceptos, pretenda construir restricciones para la aplicación de ciertas garantías en determinados procesos disciplinarios.

No se entiende cómo en las consideraciones de la decisión que se cuestiona, al citar equivocadamente el inciso 2º, cuando en realidad ha debido referirse al inciso 3º, del artículo 29, se afirma que al mencionarse que en materia penal ha de aplicarse el principio de favorabilidad, concluye que allí el constituyente consagró unas restricciones, en cuanto a que las garantías, derechos y libertades consagrados en los incisos 3, 4, y 5, se circunscriben al ámbito penal

43

⁴¹ Código Civil ARTICULO 27. *INTERPRETACION GRAMATICAL*. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

⁴² Código Civil. ARTICULO 28. *SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS*. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

⁴³ 7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental. Y en los incisos dos a cinco (debe leerse tres a cinco) consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir pruebas, a la impugnación de la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. *Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo (inciso tercero) al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que: "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento". Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.*

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la

Habíamos aceptado que el debido proceso es universal, en cuanto aplica a todo tipo de procedimientos judiciales y administrativos, pero es claro que existen algunas de las garantías que lo integran que son propias del proceso penal, es por esta razón que el constituyente luego de haber predicado su universalidad, específica que algunas de esas garantías son aplicables en materia penal, como es el principio de favorabilidad (inc. 3º), y en relación a la presunción de inocencia (inc. 4º) con claridad gramatical, sin decirlo, se da a entender que es propia del derecho penal.

La interpretación propuesta en la decisión que se critica, establece una contradicción gramatical inexistente en el texto constitucional, porque en el primer inciso del artículo 29, se está afirmando la aplicación imperativa del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; pero en esta propuesta inaceptable, se está atribuyendo al constituyente que pese a lo sostenido en el primer inciso, luego el propio redactor de la Carta Política estaría circunscribiendo la aplicación de ciertas garantías del debido proceso a su aplicación exclusiva en el derecho penal.

Pero dentro de esta confusa y errónea interpretación gramatical, no se dice nada en relación con lo universalmente aceptado en el sentido que el derecho disciplinario es una rama de la enciclopedia de las ciencias penales, razón por la cual, las garantías del debido proceso, deberían ser igualmente aplicables al proceso penal disciplinario.

En relación al derecho a la defensa, como veníamos de un sistema constitucional en el que ni siquiera mencionó el debido proceso, ni el derecho a la defensa, quiso precisar, para solucionar las polémicas y cambiantes posiciones jurisprudenciales que se dieron en vigencia de la Constitución de 1886, que se garantizaba tanto la defensa técnica, como la material y que este derecho, debía de ser garantizado en todas las etapas del proceso, es decir, durante la investigación y el juzgamiento. Pero al hacerse las precisiones anteriores, no se quiso establecer que el derecho a la defensa solo existiría en el proceso penal, sino que como ya se dijo, se quiso hacer claridad frente a una cambiante y polémica posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, existente hasta la aparición de la nueva Carta Política.

afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

Si se aceptase la interpretación propuesta es claro que en el inciso cuarto, además del derecho a la defensa y de la presunción de inocencia, se insertan igualmente la publicidad del proceso, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho de probar y de contradicción probatoria, el derecho de impugnación de las sentencias y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; ¿tendríase entonces que aceptarse que tales garantías igualmente son aplicables exclusivamente al proceso penal, de conformidad con los planteamientos que se hacen en esta decisión?

De conformidad con el inciso primero, el todo, es decir el debido proceso, que como concepto es una estructura compleja conformada por múltiples derechos, principios, garantías y libertades, se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, pero resulta que como consecuencia de la extraña interpretación que a la norma le da nuestro juez constitucional, algunas de esas garantías, derechos y libertades que lo conforman quedan restringidos a ser aplicadas en el ámbito del derecho penal.

Para completar la incongruencia de la decisión que se analiza, un poco más adelante, se reconoce que el disciplinado por responsabilidad fiscal tiene derecho a múltiples manifestaciones para ejercer el derecho a la defensa en ese tipo de procesos⁴⁴.

⁴⁴ No obstante, se impone aclarar que del hecho de que la defensa técnica tenga carácter facultativo en la diligencia de exposición libre y espontánea no se sigue que ese carácter se mantenga a todo lo largo del proceso. Ello es así por cuanto en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales.

La existencia de un acto administrativo fundado en el que al investigado se le imputa responsabilidad fiscal impone que la defensa pierda el carácter facultativo que le asistía hasta ese momento y que a partir de él se torne obligatoria pues de lo contrario sería evidente la desproporción existente entre la situación jurídica generada para el investigado por la imputación formulada en su contra y las oportunidades procesales concebidas para que de una manera legítima y eficaz se oponga a esa imputación y al eventual fallo condenatorio que pueda llegar a proferirse.

De allí por qué sea necesario que a partir del auto de imputación el investigado esté asistido por un defensor pues no puede perderse de vista la complejidad que asume el proceso de responsabilidad fiscal a partir de ese momento y la consecuente necesidad de se realice el derecho a la defensa técnica como el grado más elevado del derecho a la defensa. Tal es el verdadero alcance del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 pues de lo contrario carecería de sentido la regla de derecho consagrada en su inciso segundo.

11. Por otra parte, en el proceso de responsabilidad fiscal el derecho de defensa resulta suficientemente desarrollado de tal manera que, aun prescindiendo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea, el investigado cuenta con la oportunidad suficiente de defenderse de la imputación que puede llegar a formularse en su contra.

Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas. Igualmente, se han propiciado espacios para que las decisiones proferidas puedan ser impugnadas dentro del proceso o incluso fuera de él. Entre esas oportunidades, la Corte destaca las siguientes:

Obsérvese entonces que pareciera que se trata de una interpretación caprichosa, porque se niega el derecho a la defensa imperativamente impuesto en el inciso primero del artículo 29 constitucional, para ejercerlo en el momento de rendir el disciplinado la versión, porque se afirma que se trata de un derecho restringido al ámbito penal, y por tanto no aplica al proceso de responsabilidad fiscal, pero a continuación acepta que a lo largo del texto legal se le reconoce al disciplinado para que en el proceso tenga múltiples opciones para ejercer el derecho a la defensa que en principio se le ha negado, porque este derecho es propio solo del proceso penal.

Dentro del plano de las contradicciones existentes, es igualmente destacable que en la ley impugnada, se establezca el derecho a la defensa técnica como facultativo, cuando el sindicado se hace

-
- No obstante, la reserva de la actuación, el investigado tiene derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos (Artículo 20).
 - Luego de haber rendido exposición libre y espontánea, tiene derecho a pedir pruebas o a aportarlas; a exigir la motivación del auto que las niegue; a ser notificado de tal decisión y a interponer contra ella los recursos de reposición y apelación (Artículo 24).
 - Tiene derecho a que se tengan como inexistentes las pruebas practicadas sin las formalidades sustanciales o con violación de derechos fundamentales (Artículo 30).
 - Tiene derecho a controvertir las pruebas a partir de la exposición libre y espontánea o de la notificación del auto de apertura del proceso (Artículo 32).
 - Tiene derecho a que, hasta antes del fallo, se declare la nulidad de lo actuado, entre otros motivos, por la violación del derecho de defensa (Artículo 36) y a recurrir el auto que decida la petición de nulidad (Artículo 38).
 - Tiene derecho a que se le notifique la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Artículos 40 y 41).
 - Tiene derecho a que se le escuche en exposición libre y espontánea y a que, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, se le designe apoderado de oficio (Artículo 42).
 - Tiene derecho a que se le notifique el auto de imputación de responsabilidad fiscal y si tal notificación no es posible y no está asistido por apoderado, a que se le designe un apoderado de oficio (Artículo 49).
 - Durante el término de traslado tiene derecho a exponer argumentos defensivos y a solicitar y presentar pruebas (Artículo 50).
 - Tiene derecho a que se le notifique y a recurrir la decisión que rechace las pruebas solicitadas (Artículo 51).
 - Tiene derecho a que se le notifique el fallo y a interponer contra él los recursos de reposición y apelación (Artículo 55).

Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa [7].

presente en el proceso, mientras que para los contumaces el derecho a la defensa resulte obligatorio⁴⁵.

No podemos menos que acudir a una cita que hace el H. M. Rodrigo Escobar G., en el salvamento de voto que hizo a la providencia que ahora se critica:

"La Asamblea Nacional Constituyente en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta, sostuvo que:

(...) El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona, como su libertad personal o su patrimonio económico."^[11]

...Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o las formales diferencias en los trámites rituales (...)"^[12]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Se evidencia de esta cita, que fue voluntad del constituyente cuando se discutía el contenido del artículo 29, que las garantías que constituyen el debido proceso fueran aplicadas de manera igualitaria tanto en los procesos penales como en los disciplinarios por su similar naturaleza de ser derechos sancionatorios. Y debe recordarse que, para interpretar el verdadero sentido de una ley, se puede acudir a la historia fidedigna de su establecimiento, es decir, a los argumentos y motivaciones que se dieron en el momento en que la misma fue propuesta como iniciativa legislativa, hasta llegar a convertirse en ley de la República⁴⁶.

Nuestra interpretación gramatical del inciso primero del artículo 29 de la Constitución tiene respaldo en la propia jurisprudencia constitucional porque en reiterados fallos, se ha entendido el contenido de esta norma de manera similar a nuestra propuesta

⁴⁵ ARTICULO 43. *NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO*. Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.

⁴⁶ ARTICULO 27. *INTERPRETACION GRAMATICAL*. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).



interpretativa. En tal sentido se sostuvo en decisión con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero:

"El debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que en su inciso primero dice:

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

... Quien sea sindicado tiene *derecho a la defensa* y a la asistencia de un abogado *escogido por él*... (negritas fuera de texto).

Como se observa en la norma transcrita, el debido proceso tiene tres dimensiones o aristas que se relacionan con el caso *sub-júdice*: *primero, el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como administrativas -como la disciplinaria-*; segundo, él implica el derecho de defensa; y tercero, comporta también el derecho a escoger un abogado por parte del inculcado. Estos tres aspectos serán analizados a continuación.

Si el debido proceso se aplica a la actuación administrativa y si la investigación disciplinaria es una actuación administrativa, forzoso es colegir que el debido proceso se aplica también a las investigaciones disciplinarias, como en el caso que nos ocupa.

Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta." [1]⁴⁷.

La anterior decisión sería reiterada posteriormente en la Sentencia C-555 del 3 de mayo de 2001, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra, al sostener la aplicabilidad del debido proceso y de sus garantías, al derecho disciplinario sancionador, con lo que se demuestra una vez más, la correcta interpretación que proponemos del inciso primero del artículo 29 de la Carta, y la errónea concepción de dicha norma por parte de nuestro juez Constitucional en el fallo que se critica:

"El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario.

5. El artículo 29 de la Constitución inicia su redacción con la siguiente frase:

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

Tan perentoria afirmación no deja duda acerca de la operancia en el derecho administrativo sancionador y dentro de él en el procedimiento administrativo disciplinario, del conjunto de garantías que conforman la noción de debido proceso. Así, los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo que emana del anterior, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in idem y el principio de la cosa juzgada, entre otros, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se lleva a cabo para ejercerla.

⁴⁷ Sentencia C-195 de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero.

Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso disciplinario, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende, y ha entendido [6], que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma del trámite administrativo disciplinario, es decir desde la indagación preliminar pasando por la investigación disciplinaria y el juzgamiento." (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar una de las excusas que argumentativamente se dan en la decisión cuestionada, para justificar la no presencia de un defensor en la versión libre rendida en un proceso de responsabilidad fiscal, se afirma, en la decisión cuestionada, que ese servidor es un técnico, que conoce toda la problemática de la contabilidad fiscal y que para explicar las razones de las deficiencias imputadas no necesita de un defensor. En tal sentido se reflexionó:

"Por otra parte, la responsabilidad que se debate en los procesos fiscales remite a manejos técnicos que son muy conocidos por el servidor público o el particular que ha desempeñado gestión fiscal pues ese conocimiento está ligado a las calidades requeridas para el acceso a la función pública relacionada con la gestión de bienes estatales. De allí que ese conocimiento privilegiado le permita entender la imputación de que es objeto y controvertirla para oponer sus razones a las del investigador con miras a una decisión favorable a sus intereses. Y es claro que ante tal panorama la asistencia de un apoderado en esa diligencia no se muestra como un mecanismo imprescindible para la realización del derecho de defensa." (Lo destacado no lo es en el texto).

Con las mismas consideraciones nadie finalmente tendría derecho a la defensa, ni siquiera en el proceso penal, porque es claro que el cajero de una empresa que es acusado de un desfalco es un técnico que conoce perfectamente el manejo del oficio que realiza; ni el conductor involucrado en un homicidio en accidente de tránsito; o mejor, ni el médico, porque se encuentra académica y científicamente preparado, para actuar en las áreas de su especialización y para explicar técnica y científicamente la razón de ser de su comportamiento profesional. Pero es evidente, que esa formación excelente en el campo médico, de nada le sirve para enfrentar jurídicamente las imputaciones que se le formulan en un proceso disciplinario por una presunta violación a la *lex artis*. Y mayor es la sinrazón, porque todos los servidores públicos abogados de profesión, incluidos los jueces y magistrados, no tendrían necesidad de tener defensor, en el caso de verse involucrados en un proceso disciplinario, porque de la perspectiva técnica no lo necesitan.

Es un concepto equivocado de las finalidades y objetivos del derecho a la defensa, porque su existencia se justifica en la necesidad de defenderse que tiene toda persona cuando es atacada, y la imputación procesal es un verdadero ataque en el que se pone en peligro un derecho normativamente consagrado, que cobija a todas las personas independientemente de su formación cultural, técnica o



científica, y ello se evidencia en el caso del científico más importante y preparado del mundo, que cuando es sometido a proceso por conducta que él no ha realizado, o porque efectivamente como todo ser humano se equivocó, requiere de un abogado, no para que lo asesore en asuntos de su ciencia que domina perfectamente, sino de una asesoría jurídica, para defenderlo de una imputación injusta, o de una conducta que sí realizó, para tratar de justificarla, o aminorar su gravedad.

En referencia específica al problema que nos convoca, no podemos menos que formular una serie de interrogantes, para demostrar con ellos, la ausencia de razón suficiente, en las consideraciones que en los párrafos anteriores hemos estado criticando y que parten de la inaceptable reflexión según la cual, como los servidores públicos son funcionarios técnicos, para dar explicación sobre los recursos manejados por ellos, no requieren de la asistencia de un abogado en el proceso de responsabilidad fiscal.

Tradicionalmente nuestra legislación ha previsto que el único caso en el que no se requiere defensor, es cuando el procesado es abogado y decide defenderse por sí mismo, pero pese a tal licencia se dispuso, en la Ley 600 de 2000, que en tales casos, de todas maneras en la versión libre y en la indagatoria debía de estar acompañado por un defensor⁴⁸.

En la Ley 906, se conservó el derecho a una defensa simultánea, materialmente ejercida por el propio sindicado, y la técnica realizada por un abogado, estableciendo en favor de los intereses del procesado, que si llegase a darse contradicción entre las propuestas de los dos, deberá prevalecer la tesis del abogado⁴⁹.

Hemos querido destacar normas de las dos últimas codificaciones procesales, porque de ellas surge de manera inmejorable los argumentos justificativos que da el legislador sobre la necesidad de

⁴⁸ ARTICULO 127. *FACULTADES*. Para los fines de su defensa el sindicado deberá contar con la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio. Cuando la defensa se ejerza de manera simultánea por el sindicado y su defensor, prevalecerán las peticiones de este último.

En todo caso si el sindicado fuere abogado titulado y estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, podrá de manera expresa aceptar y ejercer su propia defensa sin necesidad de apoderado. Sin embargo, en la versión libre y en la indagatoria deberá estar acompañado por un abogado. El apartado subrayado fue declarado exequible por Sentencia C 152 de 2004, con ponencia del H.M. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁹ ARTICULO 130. *ATRIBUCIONES*. Además de los derechos reconocidos en los *Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia* y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 8o. de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.



la defensa técnica. Es entendible que el legislador del 2000 reconozca que quien sea abogado puede asumir directamente su defensa, pero se establece una excepción, pese a tal autorización, en la diligencia de versión libre o de indagatoria, a pesar de ser el sindicado un abogado, debe estar asesorado por un defensor técnico. Esta excepción es entendible, porque como ya lo habíamos anotado en ese tipo de diligencias la situación psicológica del que es interrogado, puede verse afectada, y llevarlo a que sus respuestas no sean las adecuadas.

Y similar excepción consagra el legislador del 2004, porque considera que el defensor técnico se encuentra en mejor situación psicológica y técnica para determinar qué es lo que más conviene desde el punto de vista técnico-jurídico en la defensa del procesado, razón por la cual deben prevalecer sus peticiones.

Es indiscutible que el médico tiene la capacidad profesional y científica para explicar sus actos como profesional de la medicina, pero ¿será que ese conocimiento científico lo valida y habilita para saber defenderse frente al interrogatorio de un funcionario que, como sucede de manera regular en la mayoría de los procesos penales y disciplinarios, el funcionario comienza a investigar, con la clara convicción de una evidente culpabilidad del que rinde la versión.

Por el natural, explicable y generalizado temor de cualquier persona al verse cuestionada penal o disciplinariamente, es claro que quien rinde este tipo de versiones se encuentra en una verdadera situación de *capitis diminutio* psicológica, que por ese solo hecho puede afectar su capacidad de raciocinio y de respuesta frente al interrogatorio a que es sometido. A continuación formulamos unos cuántos interrogantes para demostrar que la formación técnica y científica de un médico, no es suficiente para que pueda defenderse sin el auxilio de un abogado en un interrogatorio preparado por un avezado funcionario, en el que se lo acusa de una determinada infracción disciplinaria:

- A. ¿Está el médico en capacidad jurídica para rechazar las preguntas capciosas y/o sugestivas?;
- B. ¿Conoce el médico del derecho constitucional a guardar silencio, y las consecuencias de su utilización adecuada o no?;
- C. ¿Tiene el médico el conocimiento técnico-jurídico, para saber cuáles son sus derechos y garantías en la diligencia de versión, para hacerlas exigibles?;



D. ¿Sabe el médico que tiene el derecho a solicitar las copias de la investigación antes de rendir la versión, para saber previamente de qué se lo acusa?;

E. ¿Tiene el médico la capacidad para argumentar jurídicamente que no está incurso en causales de culpa, es decir, que no actuó con imprudencia, negligencia, ni falta de idoneidad profesional? ¿Tiene la capacidad para ubicar su actuación profesional en el lenguaje técnico de la inculpabilidad o de la justificación?;

F. ¿Sabe el médico que puede aportar pruebas en dicha diligencia, o que puede, solicitar la práctica de las que considere necesarias?;

G. A nivel probatorio, ¿sabrás el médico que todos los medios que aporte, o los que solicite, deben llenar el requisito de la conducencia y pertinencia?;

H. ¿Tiene conocimiento el médico que en la diligencia de versión puede mentir en su beneficio, sin que le quepa ninguna clase de responsabilidad; sin que tal derecho, ¿le otorgue la facultad de vincular como responsables a terceros inocentes?;

I. ¿Tiene el médico la preparación para determinar la ilegalidad o legalidad de la prueba existente en el proceso, o en relación con las que aporte y aún más, tiene el médico la preparación jurídica necesaria para postular la existencia de una nulidad procesal?;

J. ¿Conoce por su formación profesional las causales de exclusión de responsabilidad, o las de atenuación o agravación de la conducta?;

K. Uno de los objetivos de la defensa es ejercer un control de legalidad a la actividad persecutora y sancionadora del Estado, el *ius puniendi*, y no podemos menos que preguntarnos, ¿tiene el médico la preparación profesional adecuada para ejercer dicho control?;

L. ¿Tiene el médico la información jurídica suficiente para poder detectar las irregularidades del proceso, para efectos de lograr la anulación del mismo?.

M. ¿Sabe el médico que puede guardar silencio y que este hecho no puede considerarse indicio de responsabilidad? Y sabe el médico que si decide rendir versión libre todo lo que diga puede ser utilizado en su contra?.

Las respuestas a los anteriores interrogantes constituyen verdades de Perogrullo, porque es evidente que el médico, por preparado que



se encuentre en su profesión, no lo está para responder adecuadamente en un difícil interrogatorio a las preguntas que se le formulen, teniendo en cuenta tales conceptos jurídicos, para poder afirmar que se defiende adecuada y técnicamente.

Siempre se ha sostenido jurisprudencial y doctrinariamente que la indagatoria del proceso penal y la versión en el proceso disciplinario son simultáneamente medios de prueba y medios de defensa, porque es en estas diligencias en la que el Estado le informa al ciudadano de qué se lo acusa y por qué se lo está investigando. Es obvio que es en este momento que se le brinda al ciudadano la oportunidad para defenderse de esa acusación, explicando la razón de ser de su conducta, negándola, aportando pruebas, dando justificaciones o atenuaciones a su conducta. Es aquí cuando debe responder, teniendo en cuenta los conceptos anteriores, porque los errores que cometa en esta diligencia son insalvables a lo largo del proceso. Es uno de los momentos trascendentales del proceso y si se equivoca en la posición de defensa que asuma en tal diligencia, es probable que tal error no pueda ser corregido en el futuro. De allí la importancia y relevancia de estar asesorado y acompañado de un defensor calificado, que lo aconseje y le indique cuál es la posición defensiva más adecuada que debe asumir.

Con la presencia del defensor en tal diligencia se garantiza la oposición a formas de interrogación prohibidas o ilegales, que no son extrañas en este tipo de diligencias, sobre todo, cuando el procesado no está acompañado por quien lo puede defender de las ilegalidades a las que con frecuencia acuden los funcionarios que las realizan.

Haciendo eco del contenido del primer inciso del artículo 29 de la Carta, se afirma que es claro que las garantías que integran el debido proceso, entre ellas el derecho a la defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas.

Sostiene que la ley no excluye la presencia del apoderado en tal acto procesal, puesto que el investigado puede designar un abogado, pero luego considera, con fundamento en lo dispuesto en la norma, que de todas maneras la ausencia de apoderado en esta diligencia no da lugar a la invalidación de la misma⁵⁰.

⁵⁰ El investigado puede designar un abogado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea. Ello implica que el ejercicio de la defensa técnica en esa diligencia es facultativa pues el investigado puede elegir si designa o no un apoderado para que lo asista, pero en caso de no hacerlo el investigador no está obligado a designarle un apoderado de oficio. Adviértase que la ley no excluye al apoderado del investigado de ese acto, sino que la concurrencia de tal profesional queda supeditada a la decisión del procesado.

Como la designación de apoderado no es obligatoria, su ausencia no conlleva la invalidación de lo actuado. Esto es, el ejercicio de la defensa técnica, como contenido del derecho a la defensa,



Pese a los esfuerzos considerativos, resurge con claridad la contradicción de la argumentación, porque lo cierto es que se puede realizar la diligencia sin apoderado y esta ausencia no es constitutiva de nulidad. Es entonces evidente que, con la consagración de un derecho de defensa facultativo, se está vulnerando el derecho de defensa constitucionalmente consagrado, al igual que el debido proceso, porque el adelantamiento de la diligencia sin abogado defensor no invalida la misma, lo que nos indica con claridad meridiana que el derecho a la defensa no es esencial en el trámite de ese proceso disciplinario administrativo. Y lo anterior es así, se afirma, porque los derechos constitutivos del debido proceso, entre ellos el derecho a la defensa son de aplicación restrictiva en el derecho penal.

Se hacen igualmente consideraciones inaceptables y contradictorias, destacando reiteradamente que se trata de actuaciones administrativas, adelantadas por funcionarios igualmente administrativos y que la responsabilidad que se declara es esencialmente administrativa y patrimonial, porque se juzgan los incumplimientos a deberes funcionales y se conmina al responsable a la reparación del daño causado al Estado, para terminar con una afirmación contradictoria cuando sostiene que tal decisión de responsabilidad. “.....**no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, ni administrativo, sino estrictamente resarcitorio**”.

La precedente reflexión es perversa, porque como el mandato constitucional sobre la obediencia al debido proceso comprende todas las actuaciones judiciales y administrativas, pretende quitarle, - en misión imposible-, el carácter de naturaleza administrativa, que necesariamente tienen las investigaciones fiscales.

Se afirma que no se trata de una decisión sancionatoria, ni de naturaleza penal, en la que el investigado ni siquiera es juzgado, porque el objetivo del proceso es puramente resarcitorio, pero no tiene en cuenta algunas de las características de estos procesos, en los cuales el objeto de la responsabilidad fiscal es “el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la función fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio ocasionado al Estado”⁵¹. Y no podemos menos que

⁵¹ “ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.



preguntarnos ¿y es que acaso estos no son algunos de los objetivos de todo proceso y particularmente del proceso penal?

No se tiene en cuenta que el fundamento de la responsabilidad fiscal está constituido por los mismos elementos que deben confluír para determinar la responsabilidad penal, puesto que debe demostrarse la existencia de una conducta dolosa o culposa, debe haberse producido un daño patrimonial al Estado y debe haber una relación causal entre la conducta y el resultado dañino⁵².

Se omite considerar que el daño económico al patrimonio del Estado, debe producirse por menoscabo, disminución, perjuicio o detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producidos como consecuencia de una conducta dolosa o culposa por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, y nos parece que con tales precisiones nos acercamos peligrosamente al tipo penal de peculado⁵³, pero pese a esta realidad se afirma que la versión que rinda en esa investigación no es inválida si se realiza sin el acompañamiento de un defensor.

Se trata de un proceso que da lugar a medidas cautelares, sin que quien las decreta deba prestar caución⁵⁴.

El fallo de responsabilidad fiscal es la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable, actualizada al valor presente de la fecha del fallo⁵⁵.

PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

⁵² "ARTICULO 5o. *ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL*. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

⁵³ "ARTICULO 6o. *DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO*. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

⁵⁴ "ARTICULO 12. *MEDIDAS CAUTELARES*. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, *sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución*. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

⁵⁵ "ARTICULO 53. *FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL*. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el



La decisión con la que termina este tipo de procesos presta mérito ejecutivo contra el responsable fiscal y/o sus garantes⁵⁶.

"ARTICULO 60. **BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES.** La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

"ARTICULO 61. **CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL.** Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

En estos procesos de responsabilidad fiscal son aplicables las previsiones del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en la que se consagran peligrosas e inconstitucionales presunciones de culpabilidad en contra de los servidores públicos involucrados en este tipo de procesos al estipularse:

"ARTÍCULO 118. **DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a. Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes.

⁵⁶ "ARTICULO 58. **MERITO EJECUTIVO.** Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

- b. Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c. Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d. Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e. Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales." (Lo destacado no lo es en el texto)

Mientras en la sentencia que se cuestiona se afirma que el funcionario ni siquiera es objeto de juzgamiento, en la norma transcrita en precedencia, se establecen los parámetros para determinar la culpabilidad en este tipo de procesos y se hace consagrando graves y peligrosas presunciones de actuar doloso y culposos.

En el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, se consagran una serie de inhabilidades para el desempeño de cargos públicos, entre las que se incluye, la de haber sido declarado responsable fiscalmente.

"ARTÍCULO 38. **OTRAS INHABILIDADES.** También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

.....

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.....". (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede ver, las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad fiscal son realmente graves, pero en la sentencia que se analiza se afirma que en estos procesos el servidor público ni siquiera es juzgado.



¿Es que acaso, la decisión judicial adjudicando la paternidad de un descendiente no es un hecho trascendental, no sancionatorio, respecto del padre, del hijo así reconocido y de las familias que en ese momento integren los dos?

¿Es que acaso, la decisión judicial determinando el derecho a una indemnización por un despido injusto, reconociendo o rechazando el derecho a una cesantía o a una jubilación, no son derechos económicos absolutamente trascendentes para el implicado y su familia?

¿Es que acaso, la decisión de un juez civil que determina la reivindicación de un bien inmueble, no puede ser definitiva en la vida de un ser humano y de su entorno familiar?

¿O la decisión judicial respecto de la insolvencia o la quiebra de una sociedad, no pueden ser trascendentes no solo en el patrimonio y la vida de los socios de esa corporación, sino en la de sus empleados directos e indirectos?

¿La decisión contencioso administrativa respecto a la legalidad y vigencia de un contrato no puede ser definitivo para la subsistencia de una sociedad, de sus socios y de sus empleados?

¿La decisión de una Superintendencia o de un Ministerio que impone cuantiosas multas a una sociedad, o que le coarta el ejercicio de determinadas actividades no pueden ser trascendentales para la sociedad, los socios y sus empleados?

¿La decisión administrativa que determina cortar servicios públicos, o que impide el inicio de una determinada construcción, la que declara de contrabando unos bienes, la que niega una concesión, la que decide una licitación, la que limita una determinada actividad comercial, industrial o agropecuaria, no pueden acaso, afectar de manera trascendente la vida de cientos o de miles de personas?

¿Es que acaso la decisión disciplinaria administrativa que declara el manejo irregular de caudales públicos por parte de un servidor público, no es un hecho determinante por el resto de la vida de esa persona y para su familia, de conformidad con las consecuencias normativas previstas y destacadas con anterioridad con la transcripción de las normas que las consagran?

¿La decisión disciplinaria que puede llegar a suspender el derecho al ejercicio de una profesión liberal hasta por cinco (5) años, no

constituye acaso un hecho trascendente en la vida de un ciudadano y de su núcleo familiar?

¿Es que acaso, las decisiones antes mencionadas, que no son de naturaleza sancionatoria, -excepto las disciplinarias-, pero ninguna es de naturaleza penal, respecto a ellas, de conformidad con la Carta Política, no existe el derecho a la defensa en juicio?.

Contradice todas las previsiones normativas contenidas en el bloque de constitucionalidad la afirmación que se hace en la providencia que se analiza cuando se afirma que el Constituyente ha circunscrito el derecho de defensa técnica al ámbito del proceso penal y que ello se entiende porque la responsabilidad penal involucra la afectación de derechos fundamentales como la privación de la libertad. En tal sentido se afirma:

“De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afectación directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano. (Lo destacado no lo es en el texto).”

La anterior afirmación lleva a conclusiones inaceptables desde cualquier perspectiva, porque planteado así el problema, el ser humano no podría defender derechos que no tengan una equivalencia valorativa igual o similar a la libertad de locomoción. Si aceptáramos lo afirmado, tendríamos que reconocer que no vivimos precisamente en el Estado de Derecho que se predica en la Carta Política.

La Constitución delimita el concepto de Estado, precisa su estructura, circunscribe su poder y señala sus límites, concibe el tipo de sociedad y los valores que la deben regular, escoge el modelo económico que la debe regir, reconoce los derechos y garantías consagrados en favor de los ciudadanos, impone sus deberes, determina sus fines, que en definitiva, afortunadamente para nosotros fueron fundamentalmente humanísticos y antropocéntricos porque el objeto y único fin del Estado no puede ser otro que el hombre en su innegable e invulnerable dignidad.

Se insiste en que el proceso de responsabilidad fiscal no es de naturaleza sancionatoria, como si la Carta Política hubiera reservado

este derecho, solo para aquellos procesos que puedan culminar con una sanción. No! El derecho de defensa debe ser garantizado para cualquier clase de actuaciones judiciales o administrativas en las que se pudieran tomar decisiones que afecten de cualquier manera derechos del ciudadano, porque no podemos aceptar que solo la libertad podría ser defendida dentro de un determinado proceso. Es por ello que no debe olvidarse lo preceptuado en los Tratados sobre derechos Humanos que nos obligan, en cuanto a que con una visión más universal y comprensiva de lo que debe ser defendido, disponen sucesivamente que este derecho es para repeler cualquier imputación penal; o “... **para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.**”; “... **o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.**”⁵⁷

Lo anterior, sin discutir que efectivamente este tipo de procesos no son de naturaleza sancionatoria, afirmación por cierto muy discutible, si se tiene en cuenta, que el proceso debe terminar, como así lo reconoce la propia Corporación, con una decisión de responsabilidad por haber actuado dolosa o culposamente en perjuicio del patrimonio del Estado.

Si se analiza con detenimiento el texto de la ley de que hace parte la norma que fue demandada, se observará que por la naturaleza del mismo procedimiento en realidad de verdad se puede considerar como un verdadero proceso sancionatorio, con consecuencias realmente graves y plurales como ya se demostró y que terminan siendo verdaderamente punitivas, con consecuencias sociales y profesionales discriminatorias, por el hecho de haber sido objeto de tal tipo de sanciones.

El Constituyente fue claro, porque la voluntad del mismo, fue que el concepto del debido proceso fuera respetado en todos los ordenamientos judiciales y administrativos y como ya lo aceptamos, en cada ordenamiento existe divergencia de conformación del mismo de acuerdo con las materias y a los derechos litigiosos que se manejen en cada normatividad judicial o administrativa.

Pero pese a esa divergencia, entre los plurales ordenamientos procesales es una realidad que el concepto del debido proceso que debe regir para todos los procedimientos judiciales y administrativos tiene derechos y garantías que son comunes a todos ellos. Se hace referencia a derechos o garantías como el principio de legalidad, juez natural, la observancia de las formas propias de cada juicio, principio

⁵⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 y Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968.

de favorabilidad, derecho a la defensa, a la publicidad del proceso, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, los derechos de probar y de contradicción probatoria, el derecho de impugnación de la sentencia desfavorable, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, el derecho o garantía a la licitud de la prueba; el derecho a la *non reformatio in pejus*. Por el contrario, hay algunas garantías que son propias del proceso penal como ocurre con la presunción de inocencia, el *habeas corpus*, el principio de favorabilidad, entre otras.

Es absolutamente claro que la Carta Política, al igual que los Tratados sobre Derechos Humanos consagran dos derechos: a) El derecho material a la defensa y; b) El derecho de defensa técnica. Dentro de tal concepción normativa es evidente que el derecho de mayor trascendencia es el de la defensa técnica y a esta conclusión se llega, porque es evidente que mientras el ejercicio de la defensa material es potestativo, el de la defensa técnica es imperativo.

Lo anterior surge en ocasiones de imposibilidades materiales, puesto que es impensable que se obligue a defenderse a quien no quiere hacerlo -ocurre con alguna frecuencia con los delincuentes políticos, que con su actitud pretenden deslegitimar al Estado que los procesa-, y con los delincuentes pasionales, -porque como consecuencia del trauma psicológico que se produce al darse cuenta de haber dado muerte al ser querido, surge un sentimiento de expiación que los lleva a solicitarle al juez que los condene por el crimen cometido-, y ocurre igualmente por la falta de cultura y de impreparación de los procesados, y de la consecuente incapacidad técnica para poder desarrollar la defensa.

Esa realidad ha sido reconocida por el legislador, cuando dispone que en caso de pretensiones simultáneas y contradictorias del defensor y del sindicado, prevalecerán las de aquel.

Es decir que el ejercicio de la defensa material es complementaria de la técnica, y es por ello que si por cualquier motivo el sindicado no ejerce la defensa material no se producen vicios invalidantes para el proceso, por el contrario, cualquier intervención del sindicado sin el acompañamiento de un abogado que lo asesore, se produce de manera necesaria la nulidad de la diligencia y si no se designa abogado para todo el curso del proceso, la nulidad será de todo el proceso.

En las circunstancias precedentes es inentendible la posición de la Corporación, en la designación de defensor de oficio, ante el no nombramiento de un defensor de confianza; pero dentro de esa



concepción no resulta contraria a la Constitución, el que en la diligencia defensiva de mayor trascendencia dentro del proceso se opte por el ejercicio del derecho material de la defensa, -que es complementario, accesorio y no imperativo-, y se concluya en la importancia secundaria del derecho de defensa técnica. De la misma manera que el derecho defensivo de quien hace presencia en el proceso es facultativo, mientras que para el contumaz el derecho defensivo es imperativo.

El objetivo de este particular procedimiento es llegar a un juicio de responsabilidad, como claramente lo establece el artículo 4º de la comentada ley⁵⁸ y ese juicio de responsabilidad que allí se emite es por haber ocasionado daños al patrimonio público, bien por actividad dolosa o culposa y su objetivo es que el presunto responsable pague una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la administración estatal⁵⁹.

El fallo final tiene las consecuencias de una verdadera sanción, así en el texto de la ley se hable del pago de una suma resarcitoria por el daño proferido; y en el curso del proceso, la actuación y las medidas que en el mismo se tomen tienen graves consecuencias, similares a las del proceso penal, pero incluso de mayor trascendencia en algunos casos como a continuación se demostrará.

La naturaleza de las cosas no surge de la nominación que se dé a las mismas, porque recordando al poeta español: "la mona aunque de seda se vista, mona se queda", porque es evidente que la estructura de las cosas no se modifica porque se le ponga un nombre que no corresponde a su esencia, o porque expresamente se le niegue la

⁵⁸ Artículo 4o. *Objeto de la responsabilidad fiscal.* La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Parágrafo 2o. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve. Inexequible: C-619-02

⁵⁹ Artículo 53. *Fallo con responsabilidad fiscal.* El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Inexequible: C-619-02

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes.

esencia de su naturaleza. No porque se afirme en el texto de la ley, que la decisión final es de carácter resarcitorio, no por ello deja de ser sancionatoria, y efectivamente ello es así, porque es evidente que algunas de las medidas que a lo largo del proceso de responsabilidad fiscal se pueden tomar, o las consecuencias de esa decisión final tienen una naturaleza esencialmente sancionatoria, como a continuación se demostrará con la transcripción de algunas de las normas reguladoras de las sanciones accesorias previstas en el derecho penal:

"ARTICULO 43. **LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS.** Son penas privativas de otros derechos:

1. *La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.*
2. *La pérdida del empleo o cargo público.*
3. *La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.*
4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
5. *La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.*
6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

"ARTÍCULO 44. **LA INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS.** La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, **del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.**

"Artículo 45. *La pérdida de empleo o cargo público. La pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial.*

"Artículo 46. *la Inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven.*

"ARTÍCULO 51. *Duración de las penas privativas de otros derechos. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.*

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años.

La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años.

La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años. (Lo destacado no lo es en el texto)."

Luego se afirma contradictoriamente que el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional, sino administrativa; que en tales circunstancias el sometido a este tipo de procesos no es juzgado sino que es sometido a una función administrativa, razón por la cual termina concluyendo que no es indispensable un derecho a la defensa tan estricto y completo como es en los procesos de responsabilidad jurisdiccional.

La consideración es contradictoria, porque primero que todo se desconoce la afirmación constitucional inicial según la cual el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y termina siendo inentendible cuando se afirma que en los procesos de responsabilidad administrativa solo cuando hayan culminado, se podrá cuestionar ante la justicia contenciosa, la legalidad del procedimiento y de la decisión proferida. En tal sentido se expresa:

"Como puede advertirse, el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto es, el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del estado sino a la función administrativa. Sólo cuando la actuación de esta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contencioso administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida"^{60[6]}. Esto implica que los servidores públicos o los particulares que cumplen gestión fiscal cuentan con dos escenarios posibles para plantear sus pretensiones y que ante cada uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos.

De ello se sigue que en el proceso de responsabilidad fiscal los contenidos del debido proceso, y, para lo que aquí interesa, del derecho de defensa, no pueden ser necesariamente los mismos que en otro tipo de procesos pues debe existir una relación de equilibrio entre la naturaleza de la responsabilidad que se debate y del escenario en que se discute y los mecanismos defensivos reconocidos a los presuntamente responsables. De allí por qué se muestre infundado concebir para el derecho de defensa que se ejerce en las actuaciones administrativas, el mismo contenido de aquél de que se es titular en las actuaciones judiciales. (Lo destacado no lo es en el texto).

^{60 [6]} Mediante Sentencia C-557 de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, esta Corporación declaró la exequibilidad de la expresión "solamente" contenida en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 y relacionada con la impugnación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, del acto con el cual termina el proceso de responsabilidad fiscal. En ese pronunciamiento se precisó, no obstante, que los actos de trámite si son impugnables ante esa jurisdicción siempre que se demande el acto que le puso fin al proceso.

Si entendemos bien las anteriores reflexiones, el ciudadano condenado con desconocimiento de derechos y garantías constitucionales, debe esperar a la ejecutoria de la decisión, para poder iniciar un proceso contencioso administrativo, en el que si puede alegar la violación de estos derechos constitucionales. Nos parece que tal propuesta no corresponde a las previsiones normativas que configuran un verdadero Estado de Derecho.

Más adelante admite que la única restricción que tiene el derecho a la defensa es en la versión libre y espontánea, pero que a lo largo de todo el procedimiento, tal derecho se encuentra garantizado, a partir del auto de responsabilidad fiscal. En tal sentido se afirma

“No obstante, se impone aclarar que del hecho de que la defensa técnica tenga carácter facultativo en la diligencia de exposición libre y espontánea no se sigue que ese carácter se mantenga a todo lo largo del proceso. Ello es así por cuanto en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales.

La existencia de un acto administrativo fundado en el que al investigado se le imputa responsabilidad fiscal impone que la defensa pierda el carácter facultativo que le asistía hasta ese momento y que a partir de él se torne obligatoria pues de lo contrario sería evidente la desproporción existente entre la situación jurídica generada para el investigado por la imputación formulada en su contra y las oportunidades procesales concebidas para que de una manera legítima y eficaz se oponga a esa imputación y al eventual fallo condenatorio que pueda llegar a proferirse.” (Lo destacado no lo es en el texto).

El hecho de que sea un proceso administrativo y no judicial, el hecho de que supuestamente no sea de carácter sancionatorio, no sería óbice en ningún momento, para que un investigador parcializado, con evidentes intereses políticos, con el propósito de desviar la investigación de los verdaderos culpables y con el ánimo de buscar un chivo expiatorio que satisfaga los intereses populares de justicia, pueda en el curso de la exposición libre, hacer el interrogatorio con la utilización de medios prohibidos o ilícitos, pueda formular preguntas capciosas o sugestivas; interrogar sesgadamente de conformidad con los propósitos ilícitos que se estén buscando con la investigación; es perfectamente posible que se recurra a un interrogatorio coercitivo o amenazante, de la misma manera que es posible que se interroge engañosamente para obtener del investigado respuestas incriminantes, o se utilice la formulación de amenazas de cualquier índole, para tratar de obtener las respuestas que se quieran, o que se le insinúen las respuestas que debe dar.



Todo lo anterior es posible, porque desde que los instrumentos de investigación y decisión estén en la mano del hombre, no puede descartarse el error, el abuso de poder, la persecución arbitraria, el engaño, el alejamiento de la verdad y la entronización de la arbitrariedad y la parcialización. Por ello la presencia del defensor técnico en esa clase de diligencias se constituye en un eficiente interventor para garantizar la legalidad de la actuación.

Se desconoce cuál pueda ser el fundamento para que se afirme que la inexistencia del apoderado en esta diligencia no coloca al investigado en situación de desventaja frente a la administración, porque es apenas elemental, que el servidor público o el particular, así tenga todo el poder que se quiera imaginar (económico, político, social) siempre estará en desventaja frente a la administración y creemos haber demostrado en esta hipótesis precisa, todas las consecuencias negativas que le pueden sobrevenir, y todos los abusos y excesos de los que puede ser víctima, argumentos más que suficientes para concluir en la necesidad de la defensa desde el mismo momento en que se rinde la diligencia de exposición libre y espontánea. Todo lo anterior, sin olvidar, que en este tipo de problemas hay intereses políticos de por medio, y bien se sabe todo lo que puede suceder en los problemas públicos, cuando hay intereses políticos de por medio, bien sea para querer aparecer como culpable al inocente, o bien para pretender la absolución del culpable, dependiendo de a qué partido político le convenga determinada decisión.

Se afirma que como lo que se discute es una responsabilidad patrimonial no sancionatoria, porque lo que se pretende es reparar el daño causado al patrimonio del Estado y no derivar responsabilidades judiciales, la defensa en la versión libre y espontánea es facultativa. En tal sentido se afirma:

“De esa naturaleza y de esos principios se infiere que la responsabilidad que se discute es patrimonial mas no sancionatoria pues lo que se pretende es la reparación del daño causado al patrimonio del estado y no derivar responsabilidades judiciales por faltas cometidas. Si así fuera, el legislador se encontraría en el deber de establecer mecanismos que permitan un mayor ejercicio de las garantías que integran el debido proceso pues las graves implicaciones de una actuación que conlleve responsabilidad judicial exigirían equilibrar la relación procesal para que el investigado no esté en desventaja frente a quien lo investiga. No obstante, como esa no es la situación que se presenta en el proceso de responsabilidad fiscal, la atribución de una naturaleza facultativa al derecho a la defensa técnica en la exposición libre y espontánea no rompe el equilibrio procesal ni coloca al investigado en situación de desventaja frente a la administración.” (Lo destacado no lo es en el texto).

¿En qué disposición normativa, en qué jurisprudencia, o en qué doctrina se ha sostenido que sólo cuando se discuten responsabilidades sancionatorias es factible el ejercicio del derecho a la defensa?

Así la finalidad sea restaurar el patrimonio del Estado, es que acaso la deducción de una responsabilidad fiscal en contra de un ciudadano no implica una sanción, no solo de carácter moral, sino con graves consecuencias hacia el futuro en el ámbito de las inhabilidades e incompatibilidades. ¿Es que acaso, casi de manera fatídica, la deducción de responsabilidad fiscal, no conlleva la consecuente investigación penal, por delitos contra la administración pública?

En las circunstancias precedentes ha de concluirse que la providencia analizada no es precisamente una feliz producción de nuestro juez constitucional, ni la misma puede tomarse como un ejemplo de coherencia y de claridad argumentativa, porque finalmente la sensación que queda de su lectura, es que, no sólo hay contradicción con la Carta de la norma que se estudiaba en su constitucionalidad, sino en la providencia en la que se resolvió su exequibilidad.

Ha de concluirse igualmente que el pensamiento que hemos venido desarrollando a lo largo de este escrito, respecto a la universalización del concepto del debido proceso, en cuanto a que es aplicable a todo tipo de procedimientos judiciales o administrativos en los cuales puedan llegar a tomarse decisiones adversas a los derechos de los ciudadanos, es consecuente y concordante con el pensamiento de las legislaciones universal y americana, con mayor precisión por parte de esta última, en cuanto determina que las garantías establecidas en el artículo 8º no solo son aplicables en los procesos penales, sino también en los civiles, laborales, rematando con la expresión: “...o **de cualquier otro carácter**”, indicativa de que es aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas, siendo en esto concordante con el inciso primero del artículo 29 de la Carta, cuando dispone que las garantías allí establecidas se aplicarán a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.

Es necesario si aceptar que por la particular naturaleza de cada uno de los procedimientos judiciales y administrativos, los derechos que allí se manejan, las pretensiones que se debaten, algunas de las garantías que se consagran y que hacen parte del debido proceso son específicas del proceso penal, y es por ello que cuando el Constituyente alude al proceso penal en referencia a una determinada y específica garantía, no está descartando que la misma sea exclusiva del proceso penal y por tanto inaplicable a otro tipo de procedimientos o actuaciones.

El hecho de tratarse de una regulación dentro de una estructura política que quiso instituirse como Estado de Derecho, es apenas elemental, que entre las garantías que deben respetarse en todo tipo

de actuaciones judiciales y administrativas sean las que integran el concepto del debido proceso, entre las que tiene papel protagónico el derecho a la defensa, que no podría ser exclusiva del proceso penal, porque es una realidad que muchas de estas decisiones sin tener el carácter sancionatorio que si tienen las de naturaleza penal, afectan de manera trascendente derechos muy importantes para la vida del ciudadano o de su familia y en ocasiones, sin tener ese carácter pueden llegar a afectar derechos en mayor grado que verdaderas sanciones penales, administrativas o disciplinarias.

No debe olvidarse que el ciudadano se encuentra en situación de *capitis diminutio* frente al poder omnipotente del Estado; debe tenerse presente que el ejercicio del poder puede ser vecino del abuso y al ciudadano frente a la posibilidad de la arbitrariedad y del abuso del poder, debe garantizársele la defensa técnica. Debe recordarse que de manera general los procedimientos judiciales y administrativos son ajenos a la cultura de la mayoría de los ciudadanos y por tanto deben estar protegidos, para que el abuso del poder no desvíe los procedimientos de sus cauces normales y naturales; debe tenerse en cuenta, que en ocasiones el derecho a la defensa puede tener mayor importancia en las actuaciones administrativas que en las propiamente judiciales, porque mientras en esta contamos con un cuerpo de jueces especializados y altamente profesionalizados, en el ámbito de la burocracia administrativa se cuenta en la mayoría de las veces, con nombramientos por merecimientos políticos, antes que exigencias de naturaleza académica; no puede pasar desapercibido que el momento de mayor trascendencia dentro de cualquier tipo de actuación administrativa o judicial, es el momento en que el ciudadano rinde testimonio, versión previa o indagatoria; es ese momento y en los previos en donde el ciudadano requiere de mayor asesoramiento jurídico, porque de lo que diga o no diga en ese momento, lo que acepte o rechace, las explicaciones que exprese de justificación o de disminución de la responsabilidad, serán definitivas en el resto del proceso y es muy probable que si incurre en un error por falta de asesoramiento, el mismo no pueda ser corregido en lo que reste del proceso.

Ahora no debe olvidarse que quien se encuentra en una de esas situaciones está en circunstancias de minoridad psicológica, tanto que a nivel del ejercicio de la medicina se le prohíbe al galeno prestar sus servicios profesionales a personas de su familia⁶¹, porque el

⁶¹ ARTICULO 26. El médico no prestará sus servicios profesionales a personas de su familia o que de él dependan en casos de enfermedad grave o toxicomanía, salvo en aquellas de urgencia o cuando en la localidad no existiere otro médico.

Conc. D. 3380/81. Art. 19. "Para efectos del artículo 26 de la Ley 23 de 1981, son familiares del médico: El cónyuge, y los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil".

compromiso sentimental, la valoración de la gravedad de las consecuencias que se pueden sobrevenir, puede afectar sus conocimientos científicos y técnicos que afecten su habilidad y la correcta aplicación de sus conocimientos.

En idéntica situación de nerviosismo se encuentra toda persona que sea sometida a un interrogatorio del que se le puedan sobrevenir consecuencias adversas, desde la presentación de un examen de carácter académico, pasando por la presentación de una entrevista para aspirar a un determinado cargo, o el interrogatorio al que sea sometido en un proceso de cualquier naturaleza -judicial o administrativo-, sancionatorio o no sancionatorio, pero si es de la naturaleza de este último, con mayor razón será la incertidumbre psicológica, porque de la misma puedan sobrevenir consecuencias negativas.

Podrá pensarse que el funcionario, o el contratista que son interrogados en un proceso de responsabilidad fiscal, del que sabe que como consecuencias posibles se pueden sobrevenir la decisión de caducidad del contrato y la inhabilidad por un determinado período de tiempo para contratar con el Estado, la pérdida del empleo, el embargo de bienes, la inhabilidad futura para el desempeño de cargos públicos y la eventual obligación de tener que pagar los daños ocasionados al Estado, así se trate de una persona inocente, ¿no serán motivos suficientes para que el ciudadano pierda su ecuanimidad y que el estado de nerviosismo lo lleve a responder de manera ambigua, incompleta, errada o si la situación de minoridad psicológica es suficientemente grave, a no poder responder al interrogatorio al que es sometido?

Una de las grandes argumentaciones que esgrimen los que se oponen a la asistencia de un abogado en las versiones libres que se rinden en los procesos disciplinarios es la dificultad de conseguir un abogado que preste el servicio como defensor de oficio del disciplinado, y es bien sabido que los costos, o las dificultades para hacer valedera una garantía o la incolumidad de un derecho, no tienen cabida dentro de un verdadero Estado de Derecho.

El Estado no puede pretender solucionar sus problemas logísticos, con el desconocimiento, vulneración o restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En tal sentido esa Honorable Corporación sostuvo:

“2.1.10 La solución a los problemas prácticos de la administración de justicia no pueden cercenar los derechos fundamentales de las personas

Se aduce por la integridad de los demandantes que la reforma de la casación tenía como única finalidad, descongestionar la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con los antecedentes legislativos, éste no fue el único argumento que se esgrimió con ese fin, pues también se adujo la indebida utilización por parte de los litigantes de ese medio de impugnación, con el fin de buscar la prescripción de la acción penal, y la necesidad de establecer que no se trataba de una tercera instancia.

Sobre este punto, es conveniente precisar que los problemas prácticos de la administración de justicia no pueden solucionarse con el sacrificio de derechos fundamentales de las personas, los que según el artículo 5 de la Carta, prevalecen. En consecuencia, en caso de presentarse conflicto entre un derecho fundamental e inalienable de la persona humana, y la conveniencia de adecuar una institución a objetivos prácticos alcanzables de otro modo, sin duda ha de prevalecer la garantía del primero. Para ambos objetivos prácticos debe haber remedios adecuados que no resulten violatorios de los derechos fundamentales y del ordenamiento superior.

Si lo que pretendía el legislador era evitar el mal uso que del instituto jurídico de la casación penal estaban ejerciendo los litigantes, lo apropiado no era restringir o cercenar los derechos y garantías fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal, sino buscar mecanismos proporcionados a ese fin que no sean lesivos del ordenamiento superior.

(.....)⁶².

Causa desconcierto la posición asumida por la Corporación, porque luego de hacerse una extensa enumeración de los derechos y garantías defensivas que el investigado tiene en ese proceso, termina concluyendo que frente a las muchas oportunidades defensivas reconocidas, el peso de la defensa no puede caer exclusivamente en la diligencia de exposición libre y espontánea; pero aquí nuevamente se desconoce que por falta de una asesoría adecuada, o por los abusos y arbitrariedades que eventualmente se podrían cometer en esta diligencia contra un funcionario inerte, que carece de la cultura jurídica necesaria para saber cómo se debe conducir una diligencia de esta naturaleza y que no cuenta con el asesor especializado que pueda protestar contra las arbitrariedades y abusos del poder, que pueda oponerse a formas de interrogación prohibidas o que pueda objetar las preguntas capciosas, sugestivas o inconducentes, que finalmente las respuestas dadas en tales condiciones puedan terminar comprometiéndolo de tal manera que con posterioridad el ejercicio de la defensa pueda ser inane frente al grado de compromiso de responsabilidad que se adquirió en la diligencia de exposición.

La importancia de la asesoría técnica es de tal naturaleza trascendente en los inicios del proceso que esa Corporación en acertadas decisiones ha sostenido que el derecho a la defensa debe garantizarse desde la investigación preliminar⁶³ y que en el proceso

⁶² Sentencia C 252 01. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶³ Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción

propriadamente dicho ese derecho debe ser garantizado desde antes de que se rinda diligencia de indagatoria o de descargos⁶⁴.

Nos hemos ocupado de hacer este análisis detenido y detallado de la providencia tantas veces mencionada, porque en el ámbito disciplinario de la Ética Médica, algunos tribunales regionales, con fundamento en ella, y en el texto gramatical del artículo 77 de la Ley 23 ahora demandado, han venido sosteniendo la constitucionalidad y validez de la norma que en ese especial procedimiento consagra el derecho a la defensa como facultativo del disciplinado, ya no solo en la diligencia de exposición libre y espontánea, sino a lo largo de todo el proceso.

Como consecuencia de los argumentos precedentes ha de concluirse que el derecho a la defensa es una garantía de naturaleza imperativa no solo en el proceso penal, sino también en los procesos de carácter sancionatorio, y en los procesos judiciales o administrativos donde se puedan tomar decisiones que afecten derechos del ciudadano.

La conclusión a que llegó la Corporación deriva del hecho de no haber realizado la confrontación de la norma demandada con el texto de los Tratados sobre Derechos Humanos y haberse limitado a hacerla solo con el texto de la Carta Política, que como se demostró fue erróneamente interpretado.

y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto, el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial. A la luz de la Carta y de los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, no pueden consagrarse excepciones al principio de la contradicción del material probatorio. C- 150. 22 de abril de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶⁴ Sentencia C-033 de 1993. H. M. Eduardo Montealegre.

La investigación previa

.....
Luego de reivindicar el alcance del derecho al debido proceso, incluso durante la investigación previa, la Sala consideró que la prolongación indefinida de aquella suponía graves traumatismos al mismo y declaró la inconstitucionalidad de la norma acusada (artículo 324 del Decreto 2700 de 1991).

7.- Esta fase reviste importancia capital no sólo para el cumplimiento de los fines del Estado, sino también para el imputado, porque dependiendo de las actividades desarrolladas en esta etapa puede luego convertirse en sindicado y desde entonces su libertad personal, al igual que otros derechos, resultar seriamente afectados. Por lo mismo, la actividad estatal en la búsqueda de la verdad debe armonizarse con el ejercicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues de lo contrario probablemente carecerán de eficacia material durante las etapas subsiguientes. En la precitada sentencia C-412 de 1993, la Corte también señaló al respecto:

Si bien la formalización del conflicto Estado - sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado. (Subrayado fuera de texto)

Edgar Saavedra Rojas

Abogado Penalista

Pese a los graves errores, incoherencias y contradicciones destacados en la providencia constitucional analizada, ella nos sirve para de todas maneras concluir que el derecho a la defensa en el proceso de ética médica es de naturaleza imperativa de conformidad con las previsiones constitucionales estudiadas, porque siendo de naturaleza sancionatoria, en esta providencia de constitucionalidad se afirma que el derecho a la defensa es integral si se trata de procesos de naturaleza sancionatoria.

Surge del contenido del artículo 93 de la Carta, la voluntad del Constituyente de constitucionalizar los derechos y garantías consagrados en los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, es decir que de conformidad con el texto constitucional toda la problemática de los derechos fundamentales ha de ser interpretada teniendo como referencia el contenido y mandato de los Tratados, y si el referente para cualquier interpretación ha de ser el contenido de los Tratados, es necesario concluir que el Constituyente los consideró valorativamente en una escala superior a la de la propia Constitución.

Y no a otra conclusión se puede llegar desde el contenido literal de la expresión cuando la Carta en el artículo 93 determina:

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

Sobre tal precedente, se ha sostenido la preeminencia de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. En tal sentido se afirmó:

"Es claro concluir que, siendo los Tribunales internacionales, los encargados de aplicar la justicia en la comunidad de las naciones, en relación con las violaciones que de los derechos humanos se puedan presentar en los distintos países, su interpretación adquiere una preponderante importancia, puesto que debemos entenderlos como los mejores intérpretes de la voluntad del legislador internacional."

Estimamos, incluso a ese nivel, que la jurisprudencia que sobre los derechos humanos dicten esos tribunales internacionales tienen una mayor importancia y trascendencia que la misma jurisprudencia de nuestros tribunales."

La anterior afirmación aunque parezca extraña, no lo es tanto, si se tiene en cuenta que el propósito de nuestro constituyente fue elevar la normatividad internacional sobre los derechos humanos al mismo nivel constitucional y no de otra manera puede entenderse la expresión:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno."

Edgar Saavedra Rojas
Abogado Penalista



Edgar Saavedra Rojas
Abogado Penalista



El pensamiento y la voluntad del constituyente fueron precisamente interpretados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando al referirse al mandato establecido en el artículo 93 comentado comenzó a hablar del "bloque de constitucionalidad" dando a entender con tal expresión, que el conjunto de normas de los tratados sobre derechos humanos, son parangonadas valorativamente con la Constitución y que se integran en una sola unidad o en un mismo bloque.

Pero la trascendencia de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos humanos, no surge única y exclusivamente del mandato constitucional que se analiza, sino que surge de la normatividad internacional de los derechos, cuando se impone con fuerza vinculante para los países signatarios de tales tratados, y las decisiones que sean tomadas por los respectivos tribunales previstos en tales convenios internacionales.

Lo anterior nos demuestra entonces la máxima importancia que tiene la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, no solo por la fuerza vinculante de tales fallos, sino porque de manera indudable se han de convertir en guía, en criterio y en importante herramienta para la interpretación de nuestra legislación nacional, sino para comprender a plenitud el contenido, alcance y sentido de los derechos y libertades estimadas como derechos fundamentales, inherentes a la condición de persona humana; pero no se hace referencia solo a los que aparecen en la Carta Política, sino los que hacen parte de la normatividad internacional.⁶⁵

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el Bloque de Constitucionalidad ha sido uniforme y reiterada, es por ello que en uno de sus muchos pronunciamientos ha sostenido:

"BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Definición

El control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "supralegal" que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional,

⁶⁵ Derecho Penal Internacional. Jurisprudencia de Derechos Humanos, Tomo IV, Edgar Saavedra Rojas. Carlos Gordillo Lombana. Pág 13 y ss. Ed. U. Santiago de Cali, Santiago de Cali 2004.

pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deban ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Se entiende en dos sentidos

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Normas que lo integran

En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. **Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.**

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-No todos los tratados y convenios internacionales forman parte

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, "los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias". **En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica. Sentencia C-582/99 M. P. Alejandro Martínez Caballero."**

Las anteriores digresiones para concluir que en relación con el control constitucional que se le hizo a la norma demandada y que es motivo de reproche, la confrontación de la misma no ha debido limitarse a la Carta Política, sino que igualmente ha debido hacerse en referencia a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Se decía con anterioridad que si esta labor se hubiese realizado, es probable que el resultado de la decisión hubiera sido de inconstitucionalidad.

Se observa que tanto en el Pacto, como en la Convención Americana no quisieron circunscribir el concepto del debido proceso únicamente para los procesos penales, sino que pensaron con un mayor grado de universalidad, al disponer el Pacto Universal que las garantías que integran este concepto debían de ser garantizadas en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal y en la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil y con una mayor precisión y especificidad la Convención Americana dispone que las garantías que integran tal concepto deben ser respetadas en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, **“..... o de cualquier otro carácter.”**

Recordamos algunas otras decisiones en las que se ha reiterado que el imputado en el proceso disciplinario, no siempre debe estar representado por un defensor y entre ellas se encuentra la Sentencia C-328 del 29 de abril del 2003, con ponencia del H. M. Manuel José Cepeda E., en la que se sostuvo:

“4. Análisis del inciso 1º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002. El derecho fundamental a la defensa técnica en el campo del derecho disciplinario no exige que el procesado siempre deba estar representado por un apoderado.

Pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la expresión “si lo tuviere” contenida en el inciso 1º del artículo 165 del Código Disciplinario Único, a la luz del siguiente problema jurídico: ¿Es contrario al debido proceso, específicamente al derecho a la defensa técnica, que la ley prevea situaciones en las cuales un servidor público procesado disciplinariamente no sea representado por un abogado?.

Para resolver esta cuestión es necesario determinar si cuando el artículo 29 de la Constitución dijo que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio” estableció una garantía que se ha de extender obligatoriamente a ámbitos diferentes al penal. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado acerca del problema planteado. La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla. Es así como en la sentencia C-131 de 2002 [30] la Corte resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa. [31] En esta sentencia, la Corporación consideró que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal.

.....
En otra sentencia, la Corte Constitucional abordó indirectamente esta misma cuestión cuando declaró exequible una norma que decía que el procesado disciplinariamente podría designar un apoderado “si lo estima necesario”. De dicho fallo se deduce que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario. Sentencia C-280 96. M. P. Alejandro Martínez C.

Subraya la Corte que la ley vigente establece que el disciplinado tiene derecho a escoger un apoderado y si solicita su designación deberá hacerse. También prohíbe que el disciplinado sea investigado y juzgado en ausencia, sin la representación de un apoderado judicial o defensor de oficio.

.....
Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado. Así, el enunciado acusado será declarado exequible.”

Obsérvese que no se hace alusión a la redacción gramatical del artículo 29, en cuanto ordena imperativamente que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, de la misma manera, que se omite analizar los mandatos contenidos en el Pacto Universal y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto conciben un derecho a la defensa no circunscrito al ámbito del derecho penal, sino extensible a la determinación de derechos y obligaciones de derecho civil, laboral o de cualquier otra índole.

Con anterioridad al fallo antes analizado, la Corte Constitucional en algunos de sus fallos había hecho la distinción entre el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso penal y en el proceso disciplinario, y es así que en la Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996, con ponencia de Alejandro Martínez C., decisión en la que inicialmente se asevera que el debido proceso se aplica a todas las actividades punitivas ejercidas por el Estado, pero a renglón seguido afirma, que sus garantías se ejercen con menos rigor en el derecho disciplinario. En tal sentido se sostiene:

"11- La Corte no encuentra entonces ninguna objeción a que la ley prevea sanciones para aquellos contadores, revisores y auditores que incurran en conductas susceptibles de afectar el buen recaudo tributario pues ellas encuentran fundamento en el derecho sancionador tributario y en el control de las profesiones, que posibilita la existencia de sanciones que derivan de lo que esta Corporación ha denominado procesos disciplinarios ético profesionales [13]. Sin embargo, ello no quiere decir que esa potestad sancionadora no tenga límites, pues en múltiples oportunidades esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Así, por ejemplo la Corte ha señalado que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se le aplican, mutatis mutandi [14], pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, por lo cual operan, con algunos matices, siempre que el Estado ejerza una función punitiva. Por ello la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. *Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal. Así, al distinguir el derecho penal y el derecho disciplinario, dijo con claridad esta Corporación:*

Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos [15].⁶⁶

Nuevamente se omite hacer la interpretación gramatical del mandato contenido en el artículo 29, en su primer inciso, de la misma manera que se omite hacer remisión a las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos, y se destaca la importancia de la libertad, derecho fundamental y primordialmente afectado por las sentencias condenatorias penales, y frente a una argumentación tan pobre, no podemos menos que preguntarnos, ¿entonces en el derecho penal, los delitos que no tienen pena privativa de la libertad, no se deben garantizar y respetar las garantías propias del debido proceso?. Y ¿quién dentro de un Estado de Derechos es el que tiene la capacidad para determinar qué derechos se pueden defender integralmente y cuáles no? Es que acaso el derecho a ejercer una profesión como la medicina, ¿se puede considerar de poca monta que se le prive del mismo por un período de apenas cinco (5) años? Y es que acaso la defensa del buen nombre, de la honra, de la intimidad no son derechos trascendentales, y no podemos menos que recordar espléndidos pasajes de la historia, enaltecidos en la literatura universal, en las que muchos han preferido la muerte que seguir viviendo sin honor!.

En Sentencia C-948 del 6 de noviembre del 2002, con ponencia del H.M. Álvaro Tafur G., se sostuvo la existencia del debido proceso en todos los ordenamientos sancionatorios, pero con diferencias en el reconocimiento de las garantías que lo integran en el ámbito disciplinario. En tal sentido se expresó:

⁶⁶ Sentencia C-597 del 6 de nov de 1996. Alejandro Martínez C.

“4.2.1.2 La especificidad del derecho disciplinario

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal - como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado [39]. Sin embargo, en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerarse como lo ha señalado reiteradamente la Corporación, sus particularidades (C.P., art. 29) [40].

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones [41], en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por el actor, ello son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

Al respecto cabe recordar en efecto que esta Corporación en relación con la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario ha señalado que:

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.” [42]

Y en otra ocasión, la Corte expresó:

Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (ius puniendi) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal [43], en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico [44].” [45]

Dicha autonomía a que alude la jurisprudencia citada parte del hecho de que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal.

(.....)”⁶⁷.

Es importante destacar que en ninguna de las decisiones en que se sostuvo la tesis de un derecho a la defensa más laxo en el derecho disciplinario que en el penal, se realizó la confrontación de las normas legales bajo control de constitucionalidad, con el texto de los tratados sobre derechos humanos que ha sido ratificados por la República.

En tales circunstancias igualmente podemos predicar que dichos fallos no constituyen cosa juzgada constitucional y tenemos la certidumbre que, si se hubiese cumplido con la norma que regula el

⁶⁷ Sentencia C-948 del 6 de noviembre del 2002, con ponencia del H.M. Álvaro Tafur G.

proceso de control constitucional, la decisión hubiera sido completamente diferente a la que se produjo, es decir, que el derecho a la defensa se encuentra igualmente garantizado en todo tipo de procesos disciplinarios.

La no aplicación integral de las garantías del debido proceso en las investigaciones disciplinarias, se pretende justificar en los derechos y fines perseguidos por el derecho penal y por el derecho disciplinario, de la misma manera que se destaca que mientras los tipos disciplinarios son abiertos, los tipos penales son cerrados en cuanto contienen descripciones más precisas de las conductas que se pretende reprimir.

Ambas argumentaciones son inválidas, porque lo que se debe analizar es el conflicto social y familiar que le surge a la persona que es cuestionada moral, técnicamente o en la diligencia con la que ha debido desempeñar un cargo público o ha debido ejercer una profesión. No son los objetivos perseguidos por el derecho penal o el derecho disciplinario, es el conflicto del ser humano, reprochado socialmente por una determinada conducta, y el derecho a defenderse de la misma, es el derecho que debe tener cualquier ser humano para demostrar a la colectividad, a su entorno social y familiar que ha actuado correctamente, es el derecho a justificar su conducta, es el derecho a demostrar que se lo acusa injustamente, en fin, es el derecho a defenderse. Es el derecho a tener honra y buen nombre reconocidos socialmente.

Y no debemos olvidar que el Estado es un instrumento creado por el hombre para su propio beneficio, de tal manera que los derechos que se reconocen son en beneficio de la persona, y el derecho que se consagra en favor de esta, es para que los pueda defender frente a cualquier actividad o actuación que los pueda desconocer o afectar, o mediante la actuación de la que se pueda sobrevenir una determinada carga, negativa para los intereses de la persona.

Y precisamente ese derecho defensivo es incluso más exigente y necesario en el derecho disciplinario porque la tipificación de las conductas en el derecho disciplinario es abierta, y tal realidad, permite al funcionario investigador mayores alternativas, para en un momento determinado poder perjudicar o favorecer al investigado, de conformidad con sus personales intereses.

No podemos menos que citar otra providencia de la Corte Constitucional con el mismo ponente, el H.M. Jaime Córdoba T., quien había sostenido con anterioridad a la decisión analizada, una

posición absolutamente contraria a la expuesta en esa. Nos referimos a lo sostenido en la Sentencia T 1263 de 2001:

“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales [1].

La Constitución Política prescribe que las autoridades de la República están instituidas para proteger los derechos de las personas en consecuencia, ***cuando los miembros del Estado adoptan decisiones que limitan los derechos, deben hacerlo bajo el estricto respeto de los principios de contradicción, publicidad y derecho a la defensa que garantizan la protección de los derechos de los administrados frente al poder coercitivo del Estado.***

La relación existente entre el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa es inescindible. Las formas propias del juicio que garantizan el derecho a la igualdad al prescribir las normas para que todos, sin excepción, sean juzgados bajo las mismas reglas, tiene en el derecho a la defensa el complemento necesario que le permite al interesado controvertir, aportar o solicitar las pruebas que conduzcan al real esclarecimiento de los hechos sobre los que ha de fundarse la decisión de la autoridad. Conforme a ello, el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa. En un Estado de derecho no se pueden considerar como válidas las decisiones que se tomen a espaldas de los interesados. La Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la importancia de la notificación de los actos administrativos al respecto ha dicho:

La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria. (...) Sentencia T-419 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El debido y oportuno conocimiento que deben tener las personas de los actos de la administración es un principio rector del derecho administrativo, en virtud de éste las autoridades están obligadas a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos y esta no es una actividad que se pueda desarrollar de manera discrecional sino por el contrario se trata de un acto reglado en su totalidad. ***La debida notificación de los actos administrativos no sólo persigue la legitimidad y eficacia de la acción del Estado sino que también garantiza el debido proceso y el derecho a la defensa.***

Cualquier quebranto, desconocimiento o trasgresión a las normas procesales, como las formas propias de cada juicio, vulnera el debido proceso y pone en peligro el derecho a la defensa. El cumplimiento de las formas propias del juicio no

debe entenderse como una simple sucesión de formas, requisitos y términos, se requiere comprender su verdadero sentido vinculado inescindiblemente con el respeto y efectividad de los derechos fundamentales, por ello, su cumplimiento debe revelar a cada paso el propósito de protección y realización del derecho material de las personas.

Constituyen acto contra el ordenamiento superior y violación de las garantías judiciales todo mecanismo procesal que impida ejercer el derecho a la defensa, todo aquello que evite, limite o confunda a una persona para ejercer en debida forma sus derechos dentro de una causa judicial o administrativa. Los actos que le impidan a las personas conocer idóneamente la realización de una determinada decisión que los afecte deberán ser removidos para devolver las cosas al momento en el que se profirieron las decisiones y se asegure en debida forma el derecho a la defensa. La Corte ha señalado que la finalidad tanto del derecho al debido proceso, como a la defensa sea "la interdicción a la indefensión", pues la desprotección de las personas frente al reclamo de sus propios derechos, desconociendo la vigencia efectiva de los principios superiores que rigen los procesos, desconoce el derecho a la igualdad. La indefensión surge, en términos de esta Corte "cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia.(...)". Efectivamente, se produce una indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso."⁶⁸

Se evidencia la doble posición asumida en relación con un mismo tema jurídico y obviamente se trata de lo sostenido aquí, en el sentido que el debido proceso y el derecho a la defensa se aplican tanto en el ámbito del derecho penal como en el disciplinario administrativo, para después cambiar el criterio y sostener que el derecho a la defensa no se aplica con la misma intensidad en el derecho disciplinario administrativo, como en el derecho penal.

CAPÍTULO XII. SENTENCIAS EN LA QUE SE HA RECONOCIDO EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA, DENTRO DE LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS.

La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido pendular, porque contra lo sostenido en las providencias que con anterioridad se han comentado, en otras, como algunas que a continuación se sintetizan, se ha planteado que el derecho al debido proceso y todas y cada una de sus garantías debe ser garantizado en el proceso disciplinario.

Esta posición que se asume en la Sentencia C195 de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero en la que se sostuvo que la dignidad humana es el valor que genera el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Carta Política, y que en tales circunstancias, haciendo una

⁶⁸ Sentencia T 1263 de 2001. M.P. Jaime Córdoba T.

adecuada interpretación del inciso primero del artículo 29 de la Constitución se concluye acertadamente que el debido proceso y todas y cada una de sus garantías, entre ellas el derecho a la defensa, deberán ser garantizados en todo tipo de procesos judiciales y en las actuaciones administrativas. En tal sentido se asevera:

"La Constitución Política define a Colombia en su artículo 1º como un Estado Social de Derecho, uno de cuyos presupuestos es el logro de la dignidad del hombre.

Se trata pues de una Carta humanista, personalista, fundada en unos valores y principios materiales que irradian todo el ordenamiento jurídico.

La dignidad humana es el valor que genera el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías fundamentales que reconoce la Carta. Dichos derechos y garantías son inalienables, inherentes y esenciales al hombre.

Es en este marco axiológico en el que debe inscribirse la solución al caso que nos ocupa.

Así pues, a continuación, se analizarán el debido proceso y el libre desarrollo de la personalidad, como las disposiciones que han sido desconocidas en algunos apartes de las normas acusadas.

El debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que en su inciso primero dice:

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

... Quien sea sindicado tiene ***derecho a la defensa*** y a la asistencia de un abogado ***escogido por él...*** (negritas fuera de texto).

Como se observa en la norma transcrita, el debido proceso tiene tres dimensiones o aristas que se relacionan con el caso *sub-júdice*: ***primero, el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como administrativas -como la disciplinaria-***; segundo, él implica el derecho de defensa; y tercero, comporta también el derecho a escoger un abogado por parte del inculpado. Estos tres aspectos serán analizados a continuación.

Si el debido proceso se aplica a la actuación administrativa y si la investigación disciplinaria es una actuación administrativa, forzoso es colegir que el debido proceso se aplica también a las investigaciones disciplinarias, como en el caso que nos ocupa.

Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta. [1].

La potestad disciplinaria consiste, según Parada Vázquez, citado por Sáinz Cantero [2], en la facultad de "imponer sanciones a los sujetos vinculados a la Administración por especiales deberes y relaciones jurídicas (funcionarios y contratistas, etc.), tratando con ello de tutelar su propia organización y orden internos (las sanciones incluidas en el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos, reglamento de disciplina académica, etc.)".

El proceso disciplinario es un proceso administrativo, como quiera que lo impone la administración, internamente, por autorización de la ley.

En este sentido, no se puede más que concluir que en el proceso disciplinario, la persona sujeta a éste goza de todos los derechos y garantías del derecho penal y entre estos se encuentra el derecho a la defensa en toda su dimensión.

Esta idea es ratificada por el constituyente Hernando Londoño Jiménez, quien explica que los principios fundamentales del derecho penal, como el principio de

legalidad, el de juez competente, el de debido proceso y el de derecho de defensa, se deben aplicar a toda actividad punitiva del Estado, pues "es iluso creer que la sanción administrativa, por responder a la punición de una contravención, implica una afectación menos trascendente, por no decir irrelevante, de intereses esenciales del individuo"; el constituyente añade además que "el error radica, como acertadamente lo expuso el doctor Manuel Gaona Cruz, en escindir las diversas disciplinas que tienen a su cargo la imposición de sanciones (derecho penal, disciplinario, contravencional, etc.) olvidando que todas ellas emanan de la facultad punitiva del Estado, que es una sola; esto es, el ius puniendi es uno, no importa el órgano del Estado que lo ejerza"[3].

Ahora bien, aunque el derecho a la defensa se aplica a toda la actividad del Estado, se debe hacer especial énfasis en el despliegue de su actividad punitiva, pues afecta directamente intereses esenciales de la persona como su libertad personal o su patrimonio económico.

El derecho de defensa es una subespecie del derecho genérico al debido proceso.

El derecho de defensa consiste en que la persona sujeta al Estado tenga la posibilidad de mostrar en la mejor manera posible su versión de los hechos y su interpretación de las normas jurídicas; por tanto, la persona goza de la opción de escoger libremente el abogado para que lo asesore técnicamente en la cuestión procesal.

Ante la necesidad manifiesta de que el inculcado exponga con la mayor precisión y técnica sus consideraciones sobre el asunto que se está dilucidando ante la autoridad competente, la Carta reconoce el derecho de defensa de esa persona.

Sostiene el tratadista Klaus Tiedemann, sobre el motivo de la asistencia jurídica al procesado, que [4]:

*"Con frecuencia, el mismo inculcado no puede exponer su punto de vista en la forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su opinión oralmente o por escrito. **Ante todo, le falta el conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas.** Si se encuentra el inculcado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto a sus posibilidades de defensa, **especialmente en lo relativo a examinar circunstancias exculpatorias. El inculcado, no tiene normalmente, por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo.**"*

.....

3. Conclusión.

Para la Corte Constitucional las normas acusadas desconocen el derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

El artículo 29 se vulnera en cuanto que el vocero es el defensor en los procesos disciplinarios adelantados en la Policía Nacional, y en su escogencia el artículo 29 de la Carta señala que "quien sea sindicado tiene derecho a la asistencia de abogado escogido por él..." (subrayas fuera de texto).

Por este motivo las normas acusadas serán declaradas inexecutable en el aparte pertinente (inciso 1° del artículo 181 y el artículo 204 -parcial- del Decreto N° 100 de 1989)"⁶⁹.

⁶⁹ Sentencia C-195 del 20 de mayo de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero.

Por medio de Sentencia C-280 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, nuevamente la Corte Constitucional se pronunció, haciendo referencia a la rica tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la que se había sostenido que los principios del derecho penal se aplicaban al derecho administrativo disciplinario, para garantizar la incolumidad de los derechos fundamentales del procesado y para controlar la potestad sancionadora del Estado.

La norma demandada es el artículo 73 del C.D.U., que establece el derecho a "**designar apoderado, si lo considera necesario**", pero no se analiza la norma demandada en cuanto a la consagración potestativa del derecho a la defensa, sino, si esa norma como está concebida constituye un obstáculo para que una organización sindical designe otro apoderado para la defensa de los intereses del procesado. En tal sentido se sostiene:

"10- El derecho disciplinario es entonces una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual esta Corte ya ha señalado[8], recogiendo la rica tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en este campo [9], que los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi, al derecho administrativo disciplinario, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza, de un lado, en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y del otro, para controlar la potestad sancionadora del Estado.

.....

34- La Corte no encuentra admisible el cargo formulado contra el literal e) del artículo 73 del CDU, según el cual el disciplinado tiene derecho a "designar apoderado, si lo considera necesario". En efecto, como bien lo señala la Vista Fiscal, esta norma no excluye la opción del asesoramiento por parte de la respectiva organización sindical. Lo que sucede es que, como lo destaca el Viceprocurador, *la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho a la defensa técnica, que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, por cuanto hace parte del debido proceso en este campo, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extraprocesal, por diversas organizaciones sociales"* ⁷⁰. (Lo destacado no lo es en el texto).

La posición jurisprudencial en relación con el derecho a la defensa y al debido proceso en las investigaciones disciplinarias se reitera al sostenerse que las mismas deben ser garantizadas integral y permanentemente en el derecho disciplinario. Es así como en la sentencia C 430 de 1997, con ponencia del H. M. Antonio Barrera C., se sostuvo que las garantías del debido proceso y entre ellas el derecho a la defensa debían de ser garantizadas de manera permanente en el proceso disciplinario al considerar:

"2.3. Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

⁷⁰ Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2.4. Según el actor, con fundamento en el art. 29 de la Constitución, el disciplinado tiene derecho a presentar pruebas y controvertirlas, desde el mismo momento en que se entera o es informado sobre la iniciación de la indagación o investigación en su contra. **Por consiguiente, se viola esta norma superior, cuando el numeral 2o. del artículo 77 del Código establece que el investigado sólo tiene acceso al informativo una vez haya sido escuchado en versión espontánea o notificado formalmente de los cargos, según el caso, porque se estaría desconociendo la oportunidad que aquel tendría para ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el periodo anterior a cualquiera de esas oportunidades.**

La norma en cuestión interpretada de manera aislada, podría ser entendida de la misma manera como lo hace el demandante. Sin embargo, interpretada de manera sistemática tiene el siguiente alcance:

Cuando dicha norma determina que "el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso", está regulando una de las formas o maneras como se garantiza en los procesos disciplinarios el principio de imparcialidad. No está indicando, por consiguiente, que esa sea la única oportunidad para ejercer el derecho de contradicción probatoria.

En efecto, el art. 80 del C.D.U. dispone:

"ARTICULO 80. **PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.** El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas".

Como puede observarse el C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude.

2.6. Las mismas reflexiones que ha hecho la Corte en relación con el numeral 2 del art. 77 son igualmente válidas con respecto al art. 130 que se acusa. En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior -el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.

2.7. Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capítulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, **el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculcado**

pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional, disciplinaria, sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [2], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción.

3. En conclusión, la Corte considera que los artículos 77-2 y 130 se ajustan a la Constitución y, por lo tanto, serán declarados exequibles, no así la expresión "aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite", que será declarada inexecutable.

En relación con el resto del artículo se declarará su exequibilidad, condicionada en el sentido de que se entienda que la oportunidad para rendir la exposición voluntaria se contrae no sólo a la etapa de la investigación sino de la indagación preliminar." ⁷¹ (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Sentencia C- 555 del 3 de mayo de 2001, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra, se consideró:

"En relación con el artículo 147 de la misma Ley que ahora se acusa, la Corte vertió las siguientes consideraciones para fundamentar la decisión antes referida:

Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capítulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que, con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. *Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.*

⁷¹ Sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997, con ponencia del H. M. Antonio Barrera C.

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [2], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

(....)

El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario.

5. El artículo 29 de la Constitución inicia su redacción con la siguiente frase:

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

Tan perentoria afirmación no deja duda acerca de la operancia en el derecho administrativo sancionador y dentro de él en el procedimiento administrativo disciplinario, del conjunto de garantías que conforman la noción de debido proceso. Así, los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo que emana del anterior, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in ídem y el principio de la cosa juzgada, entre otros, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se lleva a cabo para ejercerla.

Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso disciplinario, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende, y ha entendido [6], que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma del trámite administrativo disciplinario, es decir desde la indagación preliminar pasando por la investigación disciplinaria y el juzgamiento. Sobre el particular son claros los siguientes conceptos vertidos en la Sentencia anteriormente citada:

En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U."

...

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [7], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar." [8]

Acorde con los anteriores criterios, la norma que ocupa la atención de la Corte, como se dijo, en su primer inciso (no acusado) reconoce el derecho de contradicción y controversia que le asiste al funcionario investigado desde la etapa de la indagación preliminar, cuando dispone: El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas. Para dar a conocer las referidas diligencias, se dispone en seguida su "comunicación" al interesado. Se pregunta entonces la Corte, qué alcance tiene esta expresión como garantía del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede comprobar existen precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que aceptan el reconocimiento pleno y permanente del debido proceso y de todas y cada una de sus garantías para los ciudadanos sometidos a procesos administrativos disciplinarios.

Es importante destacar la reflexión que se hace en la sentencia C 195 de 1993, con ponencia del H. M. Martínez Caballero, luego de afirmar que el debido proceso y sus garantías se aplican a las actuaciones administrativas y entre ellas al proceso disciplinario, concluye que tal afirmación tiene respaldo en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa que rigen internamente en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Carta:

“Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta.”[1].

Creemos que para el reconocimiento de los derechos y garantías propios del debido proceso, no necesariamente debe tratarse de un proceso de naturaleza sancionatoria, puesto que es una innegable realidad que por medio de muchos procedimientos judiciales y administrativos, que no son necesariamente de naturaleza sancionatoria, se toman decisiones claramente lesivas a derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello con razón, el Pacto Universal proyecta esos derechos en la declaración de derechos civiles y la Convención de manera similar lo extiende al reconocimiento de derechos civiles, laborales o de cualquier otra índole.

Desde esta perspectiva normativa, es necesario concluir que el derecho de defensa debe existir en toda actuación judicial o administrativa, en la que se puedan tomar decisiones que afecten derechos del ciudadano, sin que sea menester que la decisión que se toma sea de carácter sancionatorio, basta que con la decisión se afecte un bien, derecho, o garantía del ciudadano, para que el derecho a la defensa se active en su favor.

Es evidente que por la consagración del concepto del debido proceso como un derecho fundamental no puede llevarnos a la conclusión que su regulación debe ser idéntica en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas; pero si es una realidad aceptada por esa Honorable Corporación que el concepto del debido proceso es propio de todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, debiéndose tener en cuenta que en procedimientos ajenos al derecho penal, pudiera existir el debido proceso con las mismas garantías que son reconocidas en los procesos penales. Es obvio, que garantías como la presunción de



inocencia, y la favorabilidad son propias y exclusivas del debido proceso penal.

Pero es igualmente una realidad que, en otro tipo de procedimientos, garantías como el de legalidad, defensa, contradicción probatoria, *non bis in idem*, son igualmente aplicables a otro tipo de procesos, diversos al penal, o es que acaso en los ámbitos civil, laboral, de familia, agraria, comercial, administrativo, etc. podría pensarse que existiera un demandante y el demandado no pudiera tener la asistencia técnica de un abogado. ¿Podría afirmarse que tal estructura procesal, donde no se garantice el derecho de defensa correspondería al esquema del debido proceso constitucional?

El pretender restringir el derecho de defensa, como garantía integradora del concepto del debido proceso, única y exclusivamente al proceso penal constituye un despropósito político de mayúscula significación, porque es evidente que como se trató de explicar con el auxilio de la jurisprudencia, sobre la naturaleza de la acción defensiva dentro del proceso, el ciudadano cuando es atacado de manera material tiene derecho a la defensa de su vida, de su dignidad, de su patrimonio y de todos los derechos consustanciales a su condición de persona⁷²; y cuando es agredido, para seguir utilizando el símil bélico que explica el derecho de defensa procesal, es natural que tenga derecho a defenderse y ese derecho defensivo de manera necesaria existe no solo para las actuaciones propiamente sancionatorias (procesos penales, penales militares, disciplinarios, contravencionales, policivos) sino también en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas en las que se puedan tomar decisiones que afecten derechos del ciudadano.

El entendimiento de la Corte, respecto al derecho de defensa, en el sentido de que el mismo se justifica única y exclusivamente en procedimientos de naturaleza sancionatoria es equivocado, porque en el mundo contemporáneo dentro de los procesos judiciales y administrativos no sancionatorios, se pueden llegar a tomar decisiones que afecten de manera trascendental derechos fundamentales del ciudadano y no por ser de naturaleza no sancionatoria, se puede afirmar como lo hace la Corporación, que respecto a ellos no impera o no aplica el derecho de defensa; y no

⁷² ART. 32.—*Ausencia de responsabilidad.* No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
(.....)

6. *Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

(.....).

puede ser así, porque sería desconocer que mediante tales decisiones no sancionatorias, se pueden resolver problemas vitales, relacionados con derechos humanos o fundamentales del ciudadano.

Nos parece que precisamente en la Sentencia T 1263 01. M.P. Jaime Córdoba T., se hace una síntesis afortunada, para justificar la aplicación del debido proceso y sus garantías, cuando se afirma que cuando el Estado pretende comprometer, sacrificar o suspender derechos fundamentales dentro de un proceso, o cuando se procura legítimamente imponer, sanciones, **cargas** o castigos, surge la necesidad normativa de que se garanticen las garantías del debido proceso al ciudadano. Al incluirse el vocablo **cargas**, dentro de la misma frase que alude a sanciones o castigos, está dando a entender, que el debido proceso en su aplicación no está circunscrito al ámbito del proceso penal:

“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales [1].

(...)

La Corte ha señalado que la finalidad tanto del derecho al debido proceso, como a la defensa sea “la interdicción a la indefensión”, pues la desprotección de las personas frente al reclamo de sus propios derechos, desconociendo la vigencia efectiva de los principios superiores que rigen los procesos, desconoce el derecho a la igualdad. La indefensión surge, en términos de esta Corte “cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia.(...)”. Efectivamente, se produce una indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso.”⁷³

CONCLUSIONES Y PETICIONES.

Las argumentaciones precedentes nos llevan a formular de manera respetuosa ante esa Honorable Corporación las siguientes conclusiones y peticiones:

⁷³ Sentencia T-420 de 1998. Sentencia T 1263 01. M.P. Jaime Córdoba T.

- A. El artículo 29 de la Carta consagra un derecho de aplicación imperativa en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y no es otro que el debido proceso.
- B. El debido proceso es un concepto político-jurídico de naturaleza compleja, en cuanto a que está integrado por innumerables derechos, garantías, principios, y libertades.
- C. Al garantizarse imperativamente el debido proceso para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas en el primer inciso del artículo 29 de la Carta Política, tal mandato comprende la aplicación igualmente imperativa de cada uno de los derechos, garantías, principios y libertades que lo conforman en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.
- D. Los artículos 14 del Pacto Universal y el 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, extienden la aplicación del debido proceso y las garantías que lo integran, no solo a las actuaciones penales, sino para la determinación de obligaciones civiles, laborales o de cualquier otro carácter.
- E. En el artículo 8º, numeral 2, literal e), de la Convención Americana de Derechos Humanos se impone que el derecho a tener un defensor en ese tipo de procedimientos, es un derecho irrenunciable.
- F. Los Tratados de Derechos Humanos antes mencionados hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, razón más que suficiente para predicar su preeminencia valorativa sobre los preceptos contenidos en las leyes.

Como consecuencia de lo anterior, solicitamos comedidamente se declare la inconstitucionalidad de la inflexión verbal "**podrán**", contenida en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, que dispone:

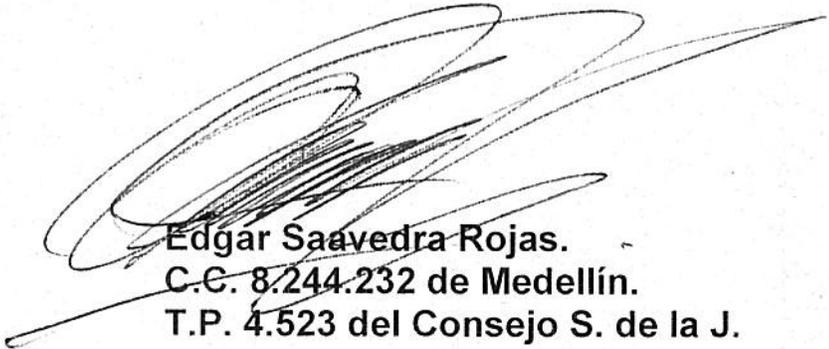
"**ARTICULO 77.** En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, **podrán** asesorarse de abogados titulados.". (Lo destacado es el aparte demandado).

O, como tal expresión hace referencia a dos situaciones diversas: a) La facultad del magistrado instructor, de asesorarse de un abogado y b) La facultad del disciplinado de asesorarse dentro del proceso de un abogado defensor:



Se declare la inconstitucionalidad de la inflexión verbal "**podrán**", solo en lo relacionado con el derecho que tienen los disciplinados de estar asesorados por un abogado defensor.

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,



Edgar Saavedra Rojas.
C.C. 8.244.232 de Medellín.
T.P. 4.523 del Consejo S. de la J.

Bogotá, Julio de 2020.