

COMUNICADO No. 19

Mayo 6 y 7 de 2020



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

LA FUNCIÓN DE ESTABLECER DIRECTRICES Y ORIENTACIONES EN MATERIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, Y LA DE FORMULAR PLANES DEPARTAMENTALES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (PDOT) CONFERIDAS POR EL LEGISLADOR A LOS DEPARTAMENTOS, NO CONFIGURAN VIOLACIONES A LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

I. EXPEDIENTE D-13387 AC - SENTENCIA C-138/20 (mayo 6)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1454 de 2011
(junio 28)

Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones

ARTÍCULO 29. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO. Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes:

[...]

2. Del Departamento

a) Establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, especialmente en áreas de conurbación con el fin de determinar los escenarios de uso y ocupación del espacio, de acuerdo con el potencial óptimo del ambiente y en función de los objetivos de desarrollo, potencialidades y limitantes biofísicos, económicos y culturales.

b) Definir las políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos, de tal manera que facilite el desarrollo de su territorio.

c) Orientar la localización de la infraestructura física-social de manera que se aprovechen las ventajas competitivas regionales y se promueva la equidad en el desarrollo municipal.

d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas.

e) En desarrollo de sus competencias, los departamentos podrán articular sus políticas, directrices y estrategias de ordenamiento físico-territorial con los planes, programas, proyectos y actuaciones sobre el territorio, mediante la adopción de planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio.

f) La competencia para establecer las directrices y orientaciones específicas para el ordenamiento del territorio en los municipios que hacen parte de un Área Metropolitana correspondiente a estas, la cual será ejercida con observancia a los principios para el ejercicio de las competencias establecidos en la presente ley.

g) Los departamentos y las asociaciones que estos conformen podrán implementar programas de protección especial para la conservación y recuperación del medio ambiente".

2. Decisión

Primero. LEVANTAR, respecto del presente asunto, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA20-11546 de fecha 25 de abril de 2020.

Segundo. DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD de los literales a) y e) del numeral 2, del artículo 29 de la Ley 1454 de 2011, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones", por el cargo analizado.

3. Síntesis de los fundamentos

Le correspondió a la Corte Constitucional decidir una demanda contra los literales a) y e), del numeral 2, del artículo 29 de la Ley 1454 de 2011, en la que se considera que la facultad prevista en dichas normas para que los departamentos proferan directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio y de articular las mismas mediante la adopción de planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio, vulneran el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución, porque desconocen que la determinación de los usos del suelo es una función constitucionalmente atribuida a los concejos municipales y distritales y no a los departamentos. Consideran los demandantes que las competencias asignadas al departamento, aunque no lo autorizan para reglamentar los usos del suelo, invaden dicha competencia porque la determinan, incluso a través de instrumentos que se superpondrán a los POT, como son los PDOT.

En estos términos, le correspondió a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: ¿Las competencias atribuidas en los literales a) y e), del numeral 2, del artículo 29 de la Ley 1454 de 2011, para proferir directrices y orientaciones para el ordenamiento territorial y adoptar planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio, desconocen la competencia atribuida a los concejos en el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política, para reglamentar los usos del suelo?

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte Constitucional (i) precisó el concepto de organización del territorio nacional, el ordenamiento territorial y su relación con la reglamentación de los usos del suelo; (ii) identificó el rol constitucional de los departamentos y, con base en las anteriores precisiones, (iii) examinó la constitucionalidad de la función departamental de proferir directivas en materia de ordenamiento territorial y de expedir planes de ordenamiento departamental, prevista en las normas demandadas.

Concluyó la Corte que el ordenamiento territorial o la ordenación del territorio no es una función exclusiva de los municipios, sino que, en virtud del principio constitucional de concurrencia, confluyen en la materia competencias nacionales, departamentales, municipales y distritales. Identificó que la función de los concejos para la reglamentación de los usos del suelo es un instrumento esencial en el ordenamiento territorial, pero no se trata de una función absoluta, ni que agote la función pública administrativa de ordenación del territorio. Así, identificó este tribunal que las funciones atribuidas por las normas demandadas a los departamentos en materia de ordenamiento territorial no desconocen la competencia de los concejos para reglamentar los usos del suelo y, por el contrario, son manifestaciones de la función constitucional atribuida a los departamentos para planear su desarrollo y para coordinar la acción de los municipios de su territorio.

Encontró la Corte que ni la función de establecer directrices y orientaciones en materia de ordenamiento territorial, ni la de formular Planes Departamentales de Ordenamiento Territorial (PDOT), constituyen violaciones a la autonomía municipal, ya que estos instrumentos no ubican al municipio en situación de subordinación jerárquica respecto del departamento, no materializan mecanismos de tutela administrativa, ni invaden competencias propias de los municipios, en particular, la de reglamentar los usos del suelo. Al respecto, advirtió la Corte que la función de determinar o identificar escenarios posibles o modelos de ocupación y usos del suelo, por parte del departamento, como hipótesis propuestas a los municipios y distritos, corresponde a la función departamental de planear su desarrollo y de coordinar la acción intermunicipal (artículo 198 de la Constitución), pero la norma no otorga a los departamentos la función de definir directamente y de manera concreta los usos del suelo, lo que sí sería inconstitucional, al tratarse de una indebida suplantación de una función propia de los municipios. Por el contrario, el mismo artículo 29 de la LOOT reconoce que es función de los municipios "b) Reglamentar de **manera específica** los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión

y rurales, de acuerdo con las leyes" (negrillas no originales). Resaltó la Corte que, aunque las normas en cuestión requieren ser desarrolladas por el Legislador, quien será encargado de precisar la relación entre los POT y los PDOT, estos últimos son instrumentos para articular las directrices y orientaciones que el departamento formule en la materia por lo que, son mecanismos de coordinación de la acción municipal y, por lo tanto, no constituyen imposiciones del departamento hacia el municipio, lo que sería incompatible con su autonomía constitucionalmente reconocida.

4. Salvamento de voto

El Magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvó su voto frente a lo resuelto por la mayoría. En su criterio, es inaceptable que la Corte interprete los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad contemplados en el artículo 288 superior de una forma en que termine por hacerse nugatorio el principio de autonomía que la propia Constitución, en su artículo 313.7, les reconoce a los municipios en materia de ordenamiento territorial.

A juicio del magistrado ROJAS RÍOS es evidente que las disposiciones acusadas, tal como las concibió el legislador, sí establecen limitantes a la autonomía municipal en el ámbito de la reglamentación del uso del suelo, pues se les atribuye a los departamentos la facultad de "determinar" escenarios de ocupación y usos del suelo, y el significado de dicho verbo rector es claro e inequívoco: según la Real Academia de la Lengua Española "determinar" equivale a "decidir", "establecer", "fijar", "señalar algo con claridad o exactitud", y "ser la causa de algo". Por lo tanto, la Sala Plena desconoce el significado natural y obvio de la expresión para inferir -de manera artificiosa que "determinar" es "identificar hipótesis".

De haberse examinado escrupulosamente el literal a) del artículo 29 de la Ley 1454 de 2011, que señala que son los departamentos quienes "determinan" los aspectos de ocupación y uso del suelo, habría sido forzoso concluir que los municipios ven comprometida su autonomía en la medida en que están determinados por las directrices y pautas departamentales, cuya función coordinadora aparece aquí con un efecto ciertamente subordinante, así el numeral 4 del mismo artículo 29 disponga que es función de los municipios "b) Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes".

Asimismo -precisó el magistrado ROJAS RÍOS-, los argumentos de la sentencia para sustentar la constitucionalidad del literal e) del artículo demandado vacían de todo efecto útil la norma que autoriza a los departamentos a expedir PDOT. De haber partido de que el legislador no expidió una norma superflua y le quiso otorgar una razón de ser al precepto, se habría evidenciado que la coexistencia de los POT y los PDOT implican tensiones y competencias yuxtapuestas entre municipios y departamentos sobre el uso y destinación del suelo, antinomia que -bajo la lógica del fallo- sugeriría cierta prevalencia o jerarquía de la función de coordinación en cabeza del departamento, anulando por esa vía la autonomía que la constituyente le otorgó a la unidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. Bajo esa perspectiva, los enunciados normativos enjuiciados sí tienen la virtualidad de interferir con la autonomía territorial de los municipios, porque los concejos municipales sólo podrían reglamentar de manera específica el uso del suelo dentro de los criterios y pautas "determinados" por los departamentos y conforme a los condicionamientos de los PDOT emanados de las asambleas departamentales, sin que la invocación y apreciación abstracta de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad basten para soslayar esta realidad.

Con todo -sostuvo el magistrado ROJAS RÍOS-, si a consideración de la Sala Plena las funciones de coordinación que ejerce el departamento no someten jerárquicamente a los municipios ni constituyen una usurpación de su autonomía y además resultan valiosas frente a ciertos fines constitucionalmente legítimos -como la realización de proyectos en común para el beneficio mutuo de varios municipios-, la única manera de hacer viable la pervivencia de las disposiciones acusadas en el ordenamiento jurídico era a través de una sentencia de exequibilidad condicionada, con el fin de

excluir del ordenamiento toda alternativa hermenéutica que cercene la autonomía que la Constitución les reconoce a los municipios para gestionar sus intereses, incluida la destinación del suelo dentro de su jurisdicción territorial.

El Magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto respecto de algunas de las consideraciones de la parte motiva.

EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL CARGO DE OMISIÓN LEGISLATIVA FORMULADO, NO LE PERMITIÓ A LA CORTE EMITIR UNA DECISIÓN DE FONDO

II. EXPEDIENTE D-13513 - SENTENCIA C-139/20 (mayo 6) M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Norma acusada

LEY 906 DE 2004 (agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

ARTÍCULO 193. LEGITIMACIÓN. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto.

2. Decisión

Primero. LEVANTAR en el presente proceso, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA20-11546 de fecha 25 de abril de 2020.

Segundo. Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 193 de la Ley 906 de 2004 por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena encontró que, si bien la demanda fue admitida respecto del cargo contra el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, examinado con detenimiento el escrito que contiene la acción y las intervenciones presentadas en el curso del proceso, se observa que el demandante no cumple con los presupuestos exigidos para poder llevar a cabo un examen de fondo, pues lo expuesto no satisface la carga de suficiencia, pertinencia, especificidad y certeza exigida como se explica a continuación.

En esencia, el demandante formuló un cargo de inconstitucionalidad por omisión del legislador fundada en la ausencia o la no participación del tercero civilmente responsable dentro del proceso penal. No obstante, el actor no tuvo en cuenta que esta regla emana del artículo 107 de la Ley 906 de 2004 y del papel del tercero civilmente responsable en el nuevo sistema penal acusatorio, a partir de la reforma introducida a la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2002 respecto de quienes forman parte de la relación jurídico procesal. Según lo ha resaltado la jurisprudencia, el nuevo esquema procesal permite expresamente las intervenciones (i) de las víctimas; (ii) del imputado; (iii) del fiscal; (iv) del juez de conocimiento; (v) del Ministerio Público; (vi) del juez de control de garantías y (vii) de los jurados, encargados de administrar justicia en forma transitoria, en los términos que señale la ley¹. Por el contrario, el tercero civilmente responsable no es considerado ni parte ni interviniente

¹ Ver al respecto sentencias C- 873 de 2003 y C- 591 de 2005.

en el mismo, lo cual no obsta para que, en los términos de la Ley 906 de 2004, sea citado al incidente de reparación integral de perjuicios".²

Aunque el actor subraya que no persigue la inclusión del tercero en el proceso penal, lo cierto es que la exclusión alegada no deviene del artículo 193 cuestionado, como el mismo demandante reconoce en su escrito.³ Esta exclusión o no legitimación es consecuencia de la no inclusión como interviniente en el proceso penal del tercero civilmente responsable y la circunscripción de su actuación al incidente de reparación, faltando así al presupuesto de certeza y especificidad requerido.

A lo anterior, se agrega que el accionante no presenta razones suficientes y pertinentes que demuestren que el tratamiento distinto que establece el legislador para estos terceros vulnera el derecho a la igualdad; sus alegatos no generan una duda sobre la inconstitucionalidad de la norma pues no demuestra que tales terceros y los demás intervinientes estén en la misma situación.

De igual modo, existiendo una justificación para la constitucionalidad de la exclusión del tercero civilmente responsable del proceso penal, el accionante ha debido explicar de manera contundente y suficiente por qué resulta injustificada la posición de esta Corporación. Las manifestaciones de inconformidad del demandante respecto de la situación del tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio y de los posibles efectos de la aplicación de la ley, no son alegatos que logren establecer una ausencia de razón para la no mención de los terceros en el artículo 193 cuestionado. Frente al requisito de demostrar que la norma desconoce un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador respecto de los derechos de participación, debido proceso y acceso a la administración de justicia, no se encuentran argumentos ciertos y suficientes. Ello por cuanto estos derechos están garantizados para el tercero civilmente responsable dentro del incidente de reparación como ya lo ha definido esta Corporación.

Para la Corte, en ese contexto, las afirmaciones del actor no son suficientes para establecer por qué las garantías procesales dentro del incidente de reparación son insuficientes para asegurar el cumplimiento de los mandatos superiores en materia de debido proceso y acceso a la administración de justicia. Ni establece de qué manera la sentencia condenatoria los afecta tanto o más que al condenado y por tanto, su cuestionamiento por parte del tercero, ajeno al proceso penal, se constituye en un mandato constitucional. Ante las falencias de la demanda, lo que procede en esta oportunidad, es la inhibición para emitir un fallo de fondo.

LA CORTE DECLARÓ AJUSTADO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EL ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019 QUE REFORMA EL CONTROL FISCAL, POR NO CONSTITUIR UNA SUSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

III. EXPEDIENTE D-13517 - SENTENCIA C-140/20 (mayo 6) M.P. José Fernando Reyes Cuartas

² En la sentencia C-423 de 2006 también se resaltó que las nuevas modificaciones consistieron en que "(i) desapareció la parte civil; (ii) el tercero civilmente responsable dejó de ser sujeto procesal; (iii) durante la etapa de investigación se le puede imponer a aquél, para el caso de los delitos culposos, una medida cautelar consistente en la entrega provisional del vehículo, nave o aeronave; y (iv) se estableció un incidente de reparación integral, llevado a cabo con posteridad al fallo condenatorio y previa solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, durante el cual es citado quien debe responder por un hecho ajeno. En últimas, en el actual sistema acusatorio, durante la etapa de investigación se discute exclusivamente la responsabilidad penal de un imputado, en tanto que el debate jurídico acerca de la responsabilidad civil del mismo, así como aquella de los terceros, fue desplazado hacia una etapa procesal posterior, que tiene lugar después de proferida la sentencia condenatoria, cual es, el incidente de reparación integral." Posición reiterada en la sentencia C-425 de 2006 (MP. Humberto Sierra Porto).

³ Ver folio 12 del expediente.

1. Norma acusada

ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019 (septiembre 18)

Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal

ARTÍCULO 1o. El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

“Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, **y además podrá ser preventivo y concomitante**, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. **El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.**

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.

2. Decisión

Primero. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Legislativo 469 de 2020, levantar la suspensión de términos en el presente proceso.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones demandadas del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019, por los cargos analizados en esta sentencia.

3. Síntesis de los fundamentos

En el presente caso, se demandaron apartes normativos del artículo 1º y el numeral 13 del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019 que modificó el artículo 267 de la Constitución, por el presunto exceso de la competencia del legislador que habría sustituido con la reforma constitucional, el eje definitorio de la Carta Política del equilibrio de poderes en su dimensión de control fiscal de carácter posterior y selectivo, por incluir un sistema de control que tendría efectos de coadministración en contravía con el diseño constitucional escogido por el constituyente primario en 1991 como respuesta a los defectos encontrados en el control previo.

Efectuado el juicio de sustitución, de acuerdo con los lineamientos definidos por la jurisprudencia, la Corte concluyó que la norma demandada no sustituye la Constitución Política, por cuanto el establecer adicionalmente un novísimo sistema de control fiscal como el examinado –preventivo y concomitante– (no previo) no constituye *per se* una afectación del principio de separación de poderes, en la medida en que la propia norma constitucional examinada justamente establece los

límites, cautelas y prohibiciones bajo los cuales dicho control debe ejercerse. En efecto, el nuevo modelo de control fiscal: i) No implicará coadministración. ii) Se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos. iii) Mediante el uso de tecnologías de la información. iv) Con la participación activa del control social y v) Con la articulación del control interno. vi) Tiene carácter excepcional y no vinculante. vii) No versará sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos. viii) Se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal ix) Su ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas. Por consiguiente, la Corte declaró exequible, pura y simplemente, las normas demandadas, frente a los cargos examinados.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

La Magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** salvó su voto respecto de la decisión anterior toda vez que, en su concepto, las normas demandadas del Acto Legislativo 4 de 2020, configuraban una sustitución de la Constitución Política, que ha debido conducir a declarar su inexecuibilidad.

A su juicio, el modelo previo y concomitante de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República establecido por el Acto Legislativo 04 de 2019 genera una sustitución parcial y permanente del eje axial de la Carta Política de separación de poderes, por cuanto permite que, a través de las competencias de policía judicial y recaudo de información sobre procesos en desarrollo, el órgano de control se inmiscuya en las funciones administrativas que son propias de las entidades vigiladas y a través de la función de advertencia, intervenga en la decisión del administrador, usurpando su autonomía y afectando la independencia que la misma Contraloría debe tener para el inicio de los juicios fiscales que puedan darse eventualmente.

Advirtió que las competencias atribuidas al órgano de control, tanto para exigir información de las entidades, como para ejercer atribuciones de policía judicial, resultan desbordadas cuando se desarrollan en el modelo de control concomitante y preventivo, no solo porque se ejercen sobre el desarrollo de procesos de gestión fiscal en cualquier etapa en que se encuentren - incluso desde las fases de planeación o preparatorias- sin una razón cierta y verificable, sino porque tienen como objetivo servir de insumos a la función de advertencia, dirigida a que el funcionario "adopte las medidas" esto es, que cambie las decisiones y acciones que estaba adelantando sobre gestión de los recursos de su entidad.

De esta manera, el modelo de control fiscal concomitante y preventivo establecido por las expresiones demandadas en el Acto Legislativo 04 de 2017 se convierte en una amenaza a la autonomía funcional de las entidades en el manejo de sus recursos, puesto que permite a la Contraloría General realizar injerencias en los procesos y las decisiones propias del gestor fiscal, basándose en un criterio subjetivo e indeterminado como lo es el "riesgo inminente".

La Magistrada **PARDO SCHLESINGER** observó que La división funcional, que garantiza la autonomía e independencia de las entidades para el ejercicio de las competencias y decisiones que les son atribuidas, se desdibuja con el control preventivo y concomitante diseñado por la reforma, y en cambio, se establece una concentración de poder en el órgano de control que ya no ejerce su función sobre los resultados, sino que puede intervenir y participar, a través de advertencias, en la gestión de los recursos públicos que le corresponde a las demás entidades del Estado.

La Carta Política, que fue diseñada buscando guardar celosamente el equilibrio entre los órganos que implementan el poder del Estado, y que por ello estructuró un modelo de control que solo se ejerciera sobre los resultados de la gestión resguardando las competencias de cada una de las entidades, se sustituyó por otra, al menos

parcialmente,⁴ cuando se permite que un órgano de control pueda intervenir en las decisiones que son propias de cada autoridad.

Por lo tanto, las expresiones demandadas del Acto Legislativo 04 de 2019, que consagran el control previo y concomitante, y la función de advertencia para su implementación, debieron ser declaradas inexecutable.

La Magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA** y los Magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** presentarán aclaraciones de voto sobre los fundamentos de la sentencia C-140 de 2020.

LA CORTE AMPARÓ LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y PRENSA, DE VARIOS PERIODISTAS, A QUIENES, EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL, LES FUE PROHIBIDO EL INGRESO A LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES. LA DECISIÓN DE AMPARO SE FUNDÓ EN QUE, AL DECLARAR LA RESERVA, LA JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS NO CONSIDERÓ NI ADOPTÓ MEDIDAS ALTERNATIVAS IDÓNEAS PARA SATISFACER TALES LIBERTADES

IV. EXPEDIENTE T 7.414.030 - SENTENCIA SU-141/20 (Mayo 7)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Síntesis de la providencia

Hechos. Los días 31 de enero, 6 y 15 de febrero de 2019, se llevaron a cabo las audiencias preliminares adelantadas en contra del exdirector de la cárcel La Modelo de Bogotá y otros, por los delitos de concusión, concierto para delinquir y enriquecimiento ilícito. El 31 de enero de 2019, el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá declaró la reserva de las audiencias preliminares. La Juez fundó esta decisión en la necesidad de conjurar “el riesgo para las víctimas” y “garantizar el buen curso y éxito de la investigación”. Como consecuencia de esta decisión, fue prohibido el ingreso del público y de la prensa a las audiencias y el acceso a las grabaciones.

Solicitud de tutela. Los periodistas María Camila Orozco Becerra, Juan Carlo Giraldo, César Augusto Melo, César Jiménez Flechas, Leónidas Medina Jiménez y Florencio Sánchez interpusieron acción de tutela en contra de la decisión judicial proferida el 31 de enero de 2019 por la Juez 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que declaró la reserva de dichas audiencias. Los accionantes manifestaron que esta decisión vulneró sus libertades de expresión, información y prensa, así como sus derechos al debido proceso y al trabajo. Esto, por cuanto, en su criterio, esta decisión no fue debidamente motivada, desconoció el precedente constitucional y se fundó en una interpretación asistemática del principio de publicidad en materia penal. En consecuencia, solicitaron que se autorizara su ingreso a las audiencias preliminares que se adelantarían en dicho proceso y, en general, en “todos los procesos penales”, a excepción de aquellos en los que proceda la reserva prevista por la Ley 906 de 2004.

⁴ El principio de separación de poderes en su dimensión de separación funcional no queda totalmente sustituido porque no afecta la división de funciones de las tres ramas principales del poder público, sin que las funciones judicial o legislativa puedan verse afectadas. Pero la concentración de poder administrativo en un órgano de control genera un desequilibrio del poder, que sustituye una parte importante del principio, haciendo irreconocible el modelo constitucional fijado por el constituyente primario.

Decisiones de instancia. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declararon improcedente la solicitud de tutela, por configuración de carencia actual de objeto.

Consideraciones de la Corte. La Sala Plena examinó cuatro cuestiones: (i) la configuración de carencia actual de objeto por daño consumado, (ii) el contenido y el alcance de las libertades de expresión, información y prensa en relación con la publicidad de las audiencias preliminares, (iii) la configuración del defecto sustantivo por interpretación asistemática en el caso concreto y (iv) los límites al ejercicio de las referidas libertades por parte de los medios de comunicación en el cubrimiento de audiencias preliminares.

Primero, la Sala Plena determinó que, en el caso *sub examine*, se configuró carencia actual de objeto por daño consumado. La alegada afectación de las libertades de expresión, información y prensa, se consumó, por cuanto las audiencias preliminares concluyeron sin que los accionantes pudiesen ingresar a estas. Es más, en este caso, la intervención del juez constitucional resultaría inocua, habida cuenta de que la Juez de control de garantías perdió competencia para pronunciarse sobre tales audiencias, en virtud del principio de preclusión de las etapas procesales. Sin embargo, la Sala Plena decidió emitir pronunciamiento de fondo en este asunto. Esto, por cuanto consideró necesario definir criterios que permitan armonizar el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa, por una parte, y la declaratoria de reserva de las audiencias preliminares, por otra.

Segundo, la Sala Plena se refirió a la protección reforzada de las libertades de expresión, información y prensa, así como su relación con el principio de publicidad en materia penal. Para la Corte, estas libertades protegen "*la libre discusión de los asuntos públicos*", que, en el proceso penal, se garantiza mediante la publicidad de las actuaciones judiciales. Por tanto, las decisiones de reserva no solo son una excepción al principio de publicidad, sino que, además, constituyen restricciones para el ejercicio de las referidas libertades. En consecuencia, al decidir sobre la reserva de las audiencias preliminares, los jueces de control de garantías deben: (i) ponderar entre estas libertades y los principios constitucionales que la declaratoria de reserva garantiza, y (ii) considerar la adopción de medidas alternativas idóneas para satisfacer las libertades de expresión, información y prensa.

En el marco de esta ponderación, los jueces penales de control de garantías deberán considerar los siguientes criterios:

(i) La medida restrictiva del principio de publicidad deberá estar fundada en una causal legal de reserva. Dicha causal deberá interpretarse de forma restrictiva y no podrá aplicarse por analogía.

(ii) La medida restrictiva del principio de publicidad deberá estar justificada en la existencia de un "*riesgo de afectación cierto y actual*" de: (a) el derecho a un juicio justo e imparcial, a la presunción de inocencia, a derechos de terceros, al derecho a la intimidad o a derechos de menores de edad, o (b) los intereses de la justicia, el orden público, la moral pública o la seguridad nacional. Esto excluye la adopción de medidas restrictivas del principio de publicidad irrazonables o que se basen en riesgos hipotéticos o eventuales.

(iii) El juez deberá tener en cuenta, a su vez, el grado de afectación a las libertades de expresión, información y prensa, y, en particular, al derecho fundamental a obtener información sobre asuntos de interés público. Para tal efecto, el juez deberá considerar: (a) *la calidad del sujeto indiciado, imputado o acusado*, (b) *la naturaleza del delito*, (c) *el tipo de información que se pretende reservar* y (d) *la etapa procesal*. El derecho fundamental a obtener información acerca de las actuaciones penales tendrá mayor peso en procesos adelantados en contra de funcionarios y personajes

públicos, así como en aquellos relacionados con asuntos de interés general (v. gr. delitos en contra de la administración pública), en especial, cuando la información que se debate en el proceso incide en el ejercicio del control político o social por parte de los ciudadanos. Asimismo, las libertades de expresión, información y prensa, tendrán mayor peso *"a medida que avanza el trámite procesal"*, hasta concluir con la publicación de la decisión.

(iv) El juez deberá analizar la existencia de medidas alternativas que permitan conjurar el *"riesgo de afectación cierto y actual"* que justifica la medida restrictiva del principio de publicidad y que resulten menos lesivas respecto de las libertades de expresión, información y prensa. Con este fin, el juez podrá tener en cuenta: (a) las medidas previstas por los artículos 149 a 152A de la Ley 906 de 2004; (b) la posibilidad de desconcentrar algunas audiencias, sin afectar el cumplimiento de los términos previstos por la Ley 906 de 2004; (c) el acceso, total o parcial, a las grabaciones de las audiencias preliminares, salvo que su reserva sea estrictamente necesaria; (d) la publicación de comunicados de prensa, que contengan información completa y suficiente acerca de las decisiones adoptadas en las audiencias, por ejemplo, respecto de hechos, consideraciones y órdenes, entre otros; (e) la celebración de ruedas de prensa en las cuales el juez informe acerca de las actuaciones adelantadas, y, por último, (f) la restricción de ingreso de medios de captación de imágenes, tales como cámaras fotográficas o dispositivos audiovisuales, entre otros. Será el juez, en cada caso concreto, quien determinará la necesidad de la medida restrictiva del principio de publicidad.

(v) La solicitud de medidas restrictivas de la publicidad solo podrá ser presentada por las partes e intervinientes en el proceso penal. Esta solicitud deberá dar cuenta de (a) el riesgo de afectación cierto y actual de los principios constitucionales cuya protección se pretenda con la restricción a la publicidad, (b) la idoneidad de la medida restrictiva para lograr los objetivos imperiosos que persigue y, por último, (c) la inexistencia de medidas alternativas menos lesivas del principio de publicidad y de las libertades de expresión, información y prensa.

Tercero, la Corte reiteró que la autonomía interpretativa del juez debe ejercerse de manera compatible con la Constitución Política y con la Ley. En caso contrario, el funcionario judicial incurre en defecto sustantivo. En particular, la Sala Plena concluyó que se configura este defecto cuando la providencia judicial se funda en una *"interpretación asistemática"* o cuando se *"desconoce el lugar sistemático que [la Constitución Política] ocupa dentro del ordenamiento jurídico"*. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena advirtió que, en el caso concreto, la Juez incurrió en defecto sustantivo por interpretación asistemática, al ordenar la reserva, sin considerar ni adoptar medida alternativa alguna para garantizar el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa. En efecto, la Sala constató que, al restringir el principio de publicidad de las audiencias preliminares, la Juez omitió por completo analizar la afectación de las referidas libertades y, por tanto, interpretó de manera asistemática las causales previstas por la Ley 906 de 2004. En este caso, dicha interpretación sistemática resultaba de especial relevancia para garantizar la dimensión democrática de la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de ejercer control ciudadano, habida cuenta de que este proceso penal se adelanta en contra de un funcionario público por presuntos hechos de corrupción y delitos en contra de la administración pública.

Por último, la Sala Plena resaltó que los medios de comunicación deberán ejercer sus libertades de expresión, información y prensa, conforme a los límites constitucionales y legales, así como garantizar la veracidad e imparcialidad de la información. Esto, por demás, implica que el cubrimiento periodístico de las audiencias no podrá afectar el derecho a un juicio justo e imparcial, a la presunción de inocencia, a derechos de terceros, al derecho a la intimidad o a derechos de menores de edad, o los intereses de la justicia, el orden público, la moral pública o la seguridad nacional. De igual

manera, de conformidad con la Sentencia SU 274 de 2019, los medios de comunicación deberán evitar “realizar juicios valorativos sobre la actuación procesal -juicio paralelo-, lo cual puede influir en la resolución del proceso y en la imparcialidad de los jueces”.

2. Decisión

Primero. LEVANTAR la suspensión de los términos procesales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión de 30 de abril de 2019, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de 27 de febrero de 2019, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que declararon carencia actual de objeto en el caso concreto.

Tercero. DECLARAR que la decisión de reserva adoptada el 31 de enero de 2019 por la Juez 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá vulneró las libertades de expresión, información y prensa de los accionantes, por cuanto no consideró ni adoptó medida alternativa alguna para garantizar el ejercicio de estas libertades. Sin embargo, no se expedirán órdenes de protección por configurarse carencia actual de objeto por daño consumado. Esta sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

Cuarto. ADVERTIR que las decisiones de reserva que se adopten en las audiencias preliminares de los procesos penales deben fundarse en una interpretación sistemática de las causales de reserva a la luz de las disposiciones constitucionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, al decidir sobre la reserva de las audiencias preliminares, los jueces de control de garantías deberán ponderar entre, por una parte, las libertades de expresión, información y prensa, y, por otra, los principios constitucionales que la declaratoria de reserva garantiza, en particular, los derechos de las partes, intervinientes, víctimas, testigos y menores de edad, así como los intereses de la justicia, la integridad del proceso penal, el orden público, la moral pública y la seguridad nacional. Al llevar a cabo esta ponderación, el juez debe sujetarse a los criterios expuestos en esta providencia y considerar la adopción de medidas alternativas idóneas para satisfacer las libertades de expresión, información y prensa.

Quinto. LIBRAR, por Secretaría General, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

3. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los Magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, no obstante ser promotores de la libertad de expresión y compartir el análisis teórico y conceptual del derecho a la información, se apartaron de la decisión adoptada por la Sala Plena, entre otras, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, señalaron los magistrados que **la decisión de la mayoría de configurar el defecto sustantivo por “interpretación asistemática” por parte de la juez del caso concreto resulta contrario a derecho y presenta una contradicción entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia.** Lo anterior, por cuanto, la decisión de la mayoría reconoce que en el caso concreto la medida adoptada por la juez de control de garantías accionada se encuentra debidamente motivada y, simultáneamente, estructura el defecto con base en que no consideró alternativas menos lesivas. Entonces, es contradictorio que se reconozca motivación suficiente, y a su vez se señale un indebido sustento normativo por omitir considerar otras medidas, esto es, insuficiente motivación respecto de la necesidad.

En opinión de los Magistrados disidentes, la decisión de la juez de instancia sí consideró la necesidad de proteger a las víctimas, los testigos y el buen desarrollo del proceso penal, de manera que no debió censurarse ya que satisface los principios de legalidad y de necesidad. De esta forma, la juez de instancia adoptó la medida con pleno respeto de los preceptos legales, abordó la ponderación de la publicidad de cara al debido proceso consagrado en el artículo 29 CP y, concurrieron en su decisión elementos que, en conjunto, permitían ponderar los distintos valores constitucionales en juego, la restricción al principio de publicidad y la libertad de expresión de los medios de comunicación en su faceta de información: (i) la motivación suficiente del auto interlocutorio recurrido; (ii) la solicitud de la Fiscalía; (iii) los comunicados de prensa y la petición como alternativa para acceder a información adicional; (iv) el hecho de que se trataba de una audiencia preliminar; (v) la relevancia y sensibilidad del caso donde se investigan tipos penales de concusión e enriquecimiento ilícito por parte de un exdirector de un importante centro penitenciario; (vi) el hecho de que la aplicación de la ley de forma motivada y en el marco de la independencia y autonomía judicial, no exige considerar alternativas “menos lesivas” como las propuestas por la mayoría; y (v) el que no es proporcional exigir a los jueces ordinarios una carga argumentativa de realizar el “test tripartito” para la debida motivación de las restricciones necesarias a la publicidad de las audiencias preliminares.

En este orden de ideas, en criterio de los Magistrados que se apartan de la decisión mayoritaria (i) la sentencia incurre en una contradicción pues primero se afirma que la juez de control de garantías **sí motivó debidamente la decisión de reserva de las audiencias preliminares**, para finalmente afirmar que tomó una decisión arbitraria y que no realizó el test tripartito que sobre libertad de expresión realiza la Corte IDH y la Corte Constitucional, especialmente respecto del elemento de necesidad, cuando se aceptó que se había valorado la necesidad de dicha medida; (ii) **crea una nueva causal para el defecto sustantivo consistente en una “interpretación asistemática”** de las causales previstas en el artículo 18 de la Ley 904 de 2004, cuando la norma permite que por razones de protección de las víctimas, testigos, intervinientes, etc. el juez pueda tomar esta decisión cuando lo considere necesario; y (iii) **las exigencias del test tripartito** con el fin de identificar violaciones a la libertad de expresión, se cumplieron en este caso: (a) fundamento legal; (b) fin constitucional legítimo; y (c) proporcionalidad, pues la medida es idónea, se consideró necesaria y no afecta desproporcionadamente el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación. Si bien los criterios de limitación de la libertad de expresión deben ser restrictivos, lo que implica que los jueces deben fundar la reserva en la estricta necesidad de adoptar la medida y la sentencia objetada considera que esto no fue así, se encuentra que la necesidad sí fue fundamentada en la decisión que se objeta.

Por tanto, es claro, por un lado, tal y como lo manifestó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, que en el presente caso se encontraba probada con suficiencia la motivación de la providencia recurrida y que la juez accionada, en efecto, ponderó de forma adecuada la tensión entre el debido proceso y el principio de publicidad en el marco de audiencias preliminares. Con fundamento en lo anterior, la decisión adoptada termina por desconocer el criterio de autonomía judicial donde la decisión de mantener o no la reserva, se sujeta al principio de necesidad conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 906 de 2004, por lo que la decisión de la juez de control de garantías no es permanente sino hasta que se superen las situaciones que motivaron la limitación a dicha garantía, asunto que deberá ser valorado por el juez de conocimiento, en su debida oportunidad. Esta sentencia decidida por la mayoría, asume violaciones que no ocurrieron y por consiguiente se tutela una vulneración inexistente por parte del juez de control de garantías, y aún más preocupante, eventual y no actual por parte del juez de conocimiento, desconociendo a todas luces la naturaleza de la acción de tutela.

2. En segundo lugar, las garantías de **independencia y autonomía judicial⁵ y del debido proceso (art. 29 superior)** se ven alteradas por la decisión de la mayoría. El juicio de proporcionalidad que plantea la sentencia obliga al juez penal a considerar medidas alternativas – no previstas en la ley – antes de aplicar las causales legales de restricción a la publicidad, con el objetivo de garantizar la libertad de expresión. Esta ponderación, más allá de dificultar la aplicación de la norma penal especial que regula las limitaciones al principio de publicidad en la etapa de audiencias preliminares, complejiza los procesos, olvida que existen formas de motivación legítimas y suficientes en la decisión proferida por el juez del caso, y termina por dificultar la aplicación de prerrogativas legales del juez en su calidad de director del proceso. Sobre este punto, las medidas descritas en la decisión de la mayoría, en su mayoría, carecen de soporte legal, generan dificultades en su implementación y sujetan al juez a un panorama de eventualidades infinitas que termina por comprometer su capacidad y autonomía para decidir sobre las restricciones a la publicidad y afectan otras garantías constitucionales como la autonomía judicial, los derechos de las víctimas y el debido proceso. Es así como, consideran los Magistrados disidentes que sujetar la motivación de los jueces de control de garantías – que cumplen con la carga de motivación conforme a la ley – a la consideración de alternativas eventuales y censurar las formas suficientes de motivación distintas a las que plantea la Corte, es una forma clara de intromisión a la autonomía judicial que desconoce, entre otras, la realidad del proceso penal y el debido proceso judicial. Los jueces de garantías, al aplicar la ley, deben ponderar las distintas garantías constitucionales de las partes del proceso y no sólo valorar la libertad de información en la etapa de investigación.

3. En tercer lugar, la sentencia reconoce como parte esencial de la libertad de prensa y la libertad de información, *la presencia de los medios de comunicación en las audiencias preliminares*, a partir de una lectura equivocada del principio de publicidad en materia procesal penal y el artículo 20 de la Constitución. Es claro que, la sentencia no entiende que **el principio de publicidad, como todo principio constitucional, no es absoluto sino que se puede ponderar con otros principios, siendo transversal a todo el proceso penal, y que el mismo se caracteriza por su protección incremental o maximización.** Este aspecto –reconocido pacíficamente por la jurisprudencia⁶ –, fue omitido en la sentencia adoptada por la mayoría. Es claro que sin tener un piso jurídico sobre el cual actuar, esto es, una decisión judicial que adolecería de algún defecto, la mayoría adoptó un remedio constitucional sobre un caso hipotético y eventual, un debate basado en la aplicación de un marco normativo visto con el lente de la libertad de expresión, desnaturalizando el contenido esencial del artículo 20 de la Constitución y dejando en el olvido otras garantías constitucionales y elementos esenciales del debido proceso.

En conclusión, la Sala Plena adoptó esta decisión bajo la necesidad de garantizar la dimensión democrática de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, pero no reconoció ni ponderó la finalidad constitucional de las medidas restrictivas necesarias a la misma con el fin de proteger a los testigos, intervinientes, peritos y el buen desarrollo del proceso penal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 18 y 149 a 152A de la Ley 906 de 2004, razón por la cual los suscritos magistrados nos apartamos de la misma.

La magistrada **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** se reservó la posibilidad de presentar aclaración de voto.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente

⁵ Constitución Nacional, artículos 228 y 230 de la Constitución; CADH, artículo 8.

⁶ Corte Constitucional, sentencias SU-274 de 2019 y C-599 de 2019, entre otras.

