Sentencia SU.061/01

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no ejercicio oportuno de mecanismo de defensa judicial

Ejecutoriadas las decisiones atinentes a la definición de la situación jurídica del indagado, ni este como interesado, ni su defensor acudieron a un mecanismo de garantía contra la posible arbitrariedad o ilegalidad en que afirman se incurrió por los funcionarios de instrucción. Esa omisión procesal del sindicado en la investigación penal aludida y de su defensor, no pueden entonces suplirse con la interposición de una acción de tutela sobre el particular, pues ello significaría, nada menos que autorizar el ejercicio de esta acción, que de suyo es excepcional contra providencias judiciales cuando ellas constituyen vía de hecho, en sustitución de los mecanismos instituidos por la ley para que de ellos se haga utilización oportuna en el proceso respectivo.

AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ-Cierre penal de investigación

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio oportuno de nulidad

LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO-Defensa de persona al margen de la ley no hace por sí sola la actividad ilícita

PRESUNCION DE INOCENCIA-Alcance

FUNCION PUNITIVA DEL ESTADO-No puede considerarse como lesivo de derechos fundamentales

El ejercicio de la función punitiva del Estado por los funcionarios judiciales, no puede considerarse de suyo como lesivo de derechos fundamentales como el del trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, el ejercicio de una determinada profesión, o de un oficio, pues, en una democracia los ciudadanos se encuentran sometidos a la ley y respecto de las providencias que en el curso de un proceso se dicten pueden ejercer el derecho a impugnarlas interponiendo contra ellas los recursos establecidos por el legislador, tanto ordinarios como extraordinarios para atacar la eficacia de las providencias judiciales, así como puede, igualmente, discutirse incluso la validez de tales providencias mediante la solicitud para que se declare la nulidad de las mismas, planteada con los requisitos y en la

oportunidad establecida para el efecto por la ley.

Referencia: expediente: T-331650

Acción de tutela instaurada por Hugo Escobar Sierra contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Sustanciador:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de enero del año dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por las Salas Disciplinarias del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y del Consejo Superior de la Judicatura, en el trámite de la acción de tutela que, como "mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" se interpuso por el ciudadano Hugo Escobar Sierra contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

1. LA SOLICITUD DE TUTELA.

1.1. En escrito visible a folios 1 a 60 del cuaderno principal -No. 1-, presentado ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el 13 de marzo de 2000, corregido y adicionado posteriormente, en memorial de 17 de marzo del mismo año, como aparece a folios 138 a 142, por conducto de apoderado el ciudadano Hugo Escobar Sierra interpuso acción de tutela "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", por la presunta violación de la Fiscalía General de la Nación, en el trámite de la investigación penal sobre presuntas conductas delictivas en que pudo incurrirse por Regynaldo Bray Bohórquez, Alfred Bray Bohórquez, Hugo Escobar Sierra, Alberto Luis Mercado Hernández, Luini Moisés Araújo Molina, Ronald G. Anger Quintana, Jahir Ariza Molina, Alvaro Puello Sánchez, Juan Alberto Páez Moya, Dario Velandia Triviño y Juan Carlos Chávez Mazorra, con ocasión de la conciliación celebrada el 6 de noviembre de 1998 entre el

Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-, de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, al derecho de defensa, al libre ejercicio de su profesión de abogado, al libre desarrollo de la personalidad, al buen nombre, a la honra y a la presunción de inocencia, que, a su juicio, han sido quebrantados por la Fiscalía General de la Nación, la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que actúa como Fiscal Especial y por el Vicefiscal General de la Nación en la investigación radicada bajo el número 4195.

1.2. Para la protección de los derechos fundamentales mencionados que el actor afirma le han sido vulnerados, en la citada acción de tutela (folios 56 a 58) formula como pretensiones, las siguientes:

1.2.1. Que se revoque u ordene revocar a la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, doctora Martha Lucía Zamora, quien fue designada como Fiscal Especial en la citada investigación penal, los numerales 9, 10, y 22 de la parte resolutiva de la providencia de 12 de agosto de 1999 por ella proferida, en los cuales, en su orden, se dictó medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva en contra del ciudadano Hugo Escobar Sierra como presunto cómplice del delito de peculado por apropiación, que deberá cumplirse como detención domiciliaria en el lugar allí indicado y se dispuso, además, el embargo y secuestro preventivo de un inmueble de propiedad del referido ciudadano en la ciudad de Bogotá.

1.2.2. Que se revoque u ordene revocar a la Vicefiscalía General de la Nación la providencia de 3 de diciembre de 1999 en cuyo numeral 5 se confirmó la medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por domiciliaria, impuesta al ciudadano Hugo Escobar Sierra.

1.2.3. Que se revoque u ordene revocar a la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, que actúa como Fiscal Especial en esta investigación penal, las providencias de 21 y 22 de diciembre de 1999, mediante las cuales, en su orden, se rechazó la solicitud de decretar la ampliación de indagatoria de algunos de los sindicados, pedida por el apoderado del ciudadano Hugo Escobar Sierra, así como la petición elevada por este último para que se requiriera información a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura y a la Procuraduría General de la

Nación sobre el ejercicio con honestidad y probidad de la profesión de abogado por parte del peticionario, por una parte; y, por otra, en cuanto en la segunda de las providencias citadas se cerró parcialmente la investigación penal adelantada contra el ciudadano Hugo Escobar Sierra.

1.2.4. Que se revoque u ordene revocar al Vicefiscal General de la Nación la providencia proferida en segunda instancia por medio de la cual se confirmó el auto dictado por la Fiscal Especial en esta investigación penal el 18 de enero del año 2000, que denegó el decreto de las pruebas a que se hace referencia en el numeral precedente.

1.2.5. Que se revoque u ordene revocar a la Fiscal Especial en esta investigación penal la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000, en sus numerales 5, 6 y 34, en cuanto se decide acusar al ciudadano Hugo Escobar Sierra por haber incurrido presuntamente en el delito de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, se dispone que no tendrá el beneficio de la libertad provisional y se ordena hacer efectivas las medidas cautelares decretadas sobre bienes de su propiedad.

1.2.6. Que se revoque u ordene revocar a la Fiscal de primera instancia en esta investigación penal los numerales 1 y 2 de la providencia de 6 de marzo de 2000, mediante los cuales se denegó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000 interpuesto por el ciudadano Hugo Escobar Sierra y se confirmó la providencia impugnada.

1.2.7. Que se decrete la nulidad de la investigación penal a que se ha hecho referencia o se ordene decretarla a la Fiscal de primera instancia, a partir de la resolución que definió la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra y, en consecuencia, se decrete su libertad inmediata.

1.2.8. Que se prevenga a la Fiscalía General de la Nación para que dé efectivo cumplimiento a las normas que regulan el debido proceso y, de manera especial, para que desarrolle lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en concordancia con lo preceptuado por el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la creación de un cuerpo especial de funcionarios para que tramiten en forme exclusiva los recursos de apelación y de hecho contra las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal Delegado o por la Unidad de Fiscalías en primera instancia.

1.3. Como hechos sustentatorios de las pretensiones aludidas, en resumen, se exponen por el actor los que se sintetizan a continuación:

1.3.1. El Fiscal General de la Nación el 5 de abril de 1999, dictó la resolución No. 0-0577 por medio de la cual se designó como Fiscal Especial Delegada a la doctora Martha Lucía Zamora, Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, para que continúe con el trámite legal en la investigación adelantada por las presuntas conductas delictuosas acaecidas en el trámite de conciliación celebrada entre el Ministerio del Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-, quien contará para ese efecto con el apoyo de los Fiscales 8 y 14 Delegados ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, adscritos a la Unidad de Fiscalía Especializada en Delitos contra la Administración Pública.

1.3.2. Mediante resolución 0-1113 de 9 de julio de 1999, el Fiscal General de la Nación designó como Fiscal Delegado Especial al doctor Jaime Córdoba Triviño, para que actúe como funcionario de segunda instancia en la investigación adelantada en relación con las presuntas irregularidades en el trámite de la conciliación celebrada entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-.

1.3.3. La resolución acabada de citar, es contraria a la ley, pues de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 27 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), dentro de los dos años siguientes a la vigencia de esta la Fiscalía General de la Nación debería haber puesto en funcionamiento un cuerpo especial de funcionarios encargados en forma exclusiva de tramitar los recursos de apelación y de hecho contra las providencias interlocutorias proferidas en primera instancia por el Fiscal Delegado, por lo que resulta evidente que no podía designarse para cumplir esa función al señor Vicefiscal General de la Nación, como se hizo en la citada resolución No. 0113 del 9 de julio de 1999, proferida por el Fiscal General de la Nación.

1.3.4. En tal virtud, las actuaciones cumplidas por el Vicefiscal General de la Nación en la investigación penal a que se ha hecho referencia, vulneran el derecho fundamental del ciudadano Hugo Escobar Sierra al debido proceso por quebranto de la garantía a la doble instancia creada por la ley, a la objetividad y a la imparcialidad judicial.

1.3.5. La Fiscal Especial de primera instancia en esta investigación penal, luego de adelantar algunas actuaciones, mediante providencia de 12 de agosto de 1999 decidió la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra, a quien impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a cumplirse en su domicilio, sin beneficio de excarcelación.

1.3.6. Interpuesto por el afectado el recurso de apelación contra dicha providencia, esta fue confirmada por el Vicefiscal General de la Nación mediante la suya de 3 de diciembre de 1999.

1.3.8. Adelantada la investigación por la Fiscal Especial en primera instancia, el 6 de febrero de 2000 se profirió por ella resolución de acusación contra el sindicado Hugo Escobar Sierra por la posible comisión del delito de peculado por apropiación como cómplice, sin que esa modalidad participativa tenga específica consagración en la ley por lo cual, al decir del actor, se vulnera con ello el principio de legalidad y del debido proceso penal.

1.3.9. Las decisiones contenidas en las providencias ya mencionadas están afectadas todas por haberse incurrido al dictarlas en una vía de hecho judicial por defecto fáctico, en razón de que la funcionaria de primera instancia las adoptó formulando los cargos fundada "en simples y vagas suposiciones", es decir en forma caprichosa y subjetiva que, de esa manera, resulta afectando, de manera grave los derechos fundamentales del sindicato Hugo Escobar Sierra a la libertad personal, al trabajo, al libre ejercicio de su profesión de abogado y al libre desarrollo de su personalidad, pues, a contrario de lo sostenido en las providencias citadas, el actor desplegó como apoderado de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.- una conducta profesional ajustada a la ética y al ordenamiento jurídico, esto es, sin acercarse siquiera a la comisión de un delito como el que se le imputa.

1.3.10. Por la misma razón, se vulneró también al ciudadano Hugo Escobar Sierra la garantía constitucional a la presunción de inocencia, pues tanto la Fiscalía de primera instancia, como el Vicefiscal General de la Nación en la segunda, presumen en sus providencias el dolo en las gestiones profesionales del abogado en mención como apoderado de la sociedad aludida, en el trámite de la conciliación extrajudicial por ella celebrada con el Ministerio del Transporte. No es cierto, -agrega- como lo suponen los funcionarios instructores que el sindicado Hugo Escobar Sierra hubiere tenido la intención preconcebida de defraudar a la Nación, ya que lo

que sí está probado es que él actuó de buena fe, con confianza legítima en la documentación y la información que le fue proporcionada por el representante legal de DRAGACOL S.A. y su actividad se limitó a actuar en este caso como profesional del derecho en su condición de apoderado de la sociedad aludida.

1.3.11. Las decisiones de la Fiscalía a que se ha hecho mención, vulneran entonces, además, el derecho al trabajo, a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad del actor.

1.3.12. De la misma manera, la Fiscalía, tanto por las actuaciones surtidas por la Fiscal Especial de primera instancia como por el Vicefiscal General de la Nación quebrantaron el principio rector que obliga en procesos de esta índole a adelantar una investigación integral de los hechos en lo favorable y en lo desfavorable al sindicado, porque denegaron pruebas que este solicitó para demostrar sus limpios antecedentes de orden profesional, así como para dejar establecido en el proceso que no participó en la elaboración de los contratos celebrados entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.- que los funcionarios instructores consideran como “simulados”.

1.3.13. En la diligencia de indagatoria se interrogó al doctor Hugo Escobar Sierra por la Fiscal Delegada Especial en relación con diligencias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, sin que se hubiere dado traslado oportuno de tales pruebas al sindicado, lo que también constituye violación de su derecho de defensa.

1.3.14. Por las mismas razones, se quebrantó también en perjuicio del actor el derecho constitucional fundamental al debido proceso, pues al rechazar las pruebas citadas se le colocó en la imposibilidad de ejercer a cabalidad sus derechos de contradicción y defensa, con violación, además, de garantías internacionalmente reconocidas y que obligan al Estado Colombiano, contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas de la ONU (artículo 14, numeral 3 literal e) y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (artículo 8, numeral 2 literal f).

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.1. El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, mediante sentencia proferida el 28 de marzo de 2000 (folios 264 a 324, cuaderno principal

No. 1), denegó la concesión de la tutela transitoria interpuesta por el ciudadano Hugo Escobar Sierra a que ya se hizo referencia.

2.2. Para el efecto consideró el fallador de primera instancia que:

2.2.1. A la Fiscalía General de la Nación, conforme a lo dispuesto por los artículos 118 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, le corresponde de manera genérica ejercer la función de investigar la comisión de presuntos delitos, para lo cual goza de autonomía administrativa.

2.2.2. El mismo Código, en el artículo 121, numeral 2, que guarda armonía con lo dispuesto por el Decreto 2699 de 1991 en su artículo 22, numeral 2, por la especial naturaleza jurídica de la Fiscalía General de la Nación, autoriza al Fiscal General de la Nación para asumir directamente la instrucción, calificación y acusación en aquellos casos que por su especial gravedad así lo requieran según su criterio, o para designar un Fiscal Especial, como ocurrió en este caso en el que se designó como tal a la doctora Martha Lucía Zamora, quien no obstante tener el cargo permanente de Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, se designó por el Fiscal General de la Nación, como Fiscal Especial para adelantar la investigación relacionada con las presuntas irregularidades en que pudo haberse incurrido en el trámite de la conciliación celebrada entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-(Resolución No. 0-577 de 5 de abril de 1999).

2.2.3. Así mismo, el artículo 121 A numeral 5 del Código de Procedimiento Penal establece que el Vicefiscal General de la Nación puede actuar como Fiscal Delegado Especial cuando sea designado para el efecto por el Fiscal General de la Nación, lo que sucedió efectivamente en este caso, con la designación del doctor Jaime Córdoba Triviño, quien se desempeña en forma permanente como Vicefiscal General de la Nación y fue designado para asumir el conocimiento de la segunda instancia en la investigación aludida. (Resolución No. 0-1113 de 9 de junio de 1999).

2.2.4. Por ello, encuentra entonces el fallador de primer grado que si bien es verdad que la Fiscalía General de la Nación no ha creado todavía unidades integradas por un cuerpo especial de funcionarios para conocer en segunda instancia de las decisiones que en el curso de la instrucción se adopten por los Fiscales Delegados, como lo preceptúa el artículo 27

parágrafo de la Ley 270 de 1996, (Estatutaria de la Administración de Justicia), ello no significa que el Fiscal General de la Nación carezca de facultad para designar, como efectivamente lo hizo, al Vicefiscal General de la Nación para actuar como Fiscal Delegado Especial en este caso, en virtud de que aquel para designar a este el cumplimiento de esa función se encuentra autorizado por el artículo 121 A numeral 5 del Código de Procedimiento Penal y las demás normas que se invocaron al momento de efectuar tal designación.

2.2.5. Adicionalmente expresa el fallador de primer grado que si el actor consideró vulnerado su derecho al debido proceso porque el Vicefiscal General de la Nación no podía actuar conforme a la ley como funcionario de segunda instancia en la investigación a que se ha hecho referencia, puede proponer la nulidad de lo actuado en la oportunidad señalada por el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, o aún más, impetrar que se declare la nulidad de la resolución dictada por el Fiscal General de la Nación para designar al señor Vicefiscal General de la Nación como Fiscal Delegado Especial para asumir el conocimiento de segunda instancia en la investigación adelantada, entre otros, contra el actor.

2.2.6. Por otra parte, expresa el fallador de primer grado para decidir esta acción de tutela que no existe sustentación por el actor en relación con la supuesta vía de hecho en que se habría incurrido por la funcionaria instructora de primera instancia en la investigación penal aludida al definir con auto de detención preventiva la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra, pues aunque así lo anunció, se limitó luego a formular cargos por la presunta violación de los derechos fundamentales cuyo amparo se impetra porque, a su juicio, en la resolución de acusación de que fue objeto mediante providencia de 6 de febrero de 2000, por haberse incurrido entonces en una vía de hecho, en razón de que dicha resolución no tiene fundamento probatorio alguno sino que se erige sobre “suposiciones” de carácter caprichoso y arbitrario.

2.2.7. Tal aseveración, no resulta aceptable a juicio del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, pues la Fiscal Delegada Especial, dada la complejidad de los hechos objeto de la investigación, la especificidad técnica del objeto de los contratos celebrados entre el Ministerio del Transporte y DRAGACOL, la época de su ocurrencia, el número de sindicados, la cuantía de los mismos y la prueba documental existente, llegó a la conclusión de que se encontraban demostrados varios hechos indicadores de indicios contingentes que, analizados conjuntamente llevaron a la

investigadora a la conclusión de que existían los presupuestos probatorios exigidos por la ley para proferir resolución de acusación, entre otros, con respecto al ciudadano Hugo Escobar Sierra. (Folios 302 a 310, cuaderno principal No. 1).

2.2.8. En cuanto hace relación a la presunta violación del derecho de defensa por haberse dejado de practicar algunas pruebas solicitadas por el actor, encontró el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- que los autos de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1999 en los que se rechazaron los pedimentos de algunas pruebas formulados por el actor, fueron debidamente motivados por la Fiscal Delegada Especial en primera instancia y luego confirmados por el Vicefiscal General de la Nación como funcionario de segunda instancia, providencias estas en las que luego de un análisis se expresó que esas pruebas no eran pertinentes y, que además, eran superfluas, razón esta por la cual lo que en realidad existe es una discrepancia en cuanto a esa apreciación por los funcionarios de instrucción, no constitutiva de vía de hecho judicial.

2.2.9. A juicio del fallador a quo en esta acción de tutela, tampoco se encuentra llamada a prosperar la petición de amparo a los derechos fundamentales que se dicen transgredidos por el actor formulada como “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, pues lo que ocurre es que el ciudadano Hugo Escobar Sierra fue llamado a indagatoria en un proceso penal que se adelanta en la fase investigativa por la Fiscalía General de la Nación, con las consecuencias jurídico-personales y procesales respectivas, sin que ello signifique que por tal razón se hubiere desconocido la presunción de inocencia que lo acompaña, así se encuentre sometido a un proceso penal.

3. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

3.1. Previo sorteo de tres conjueces en virtud de la aceptación de impedimento a igual número de magistrados, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, procedió a decidir la impugnación que en relación con el fallo de primera instancia se interpuso por el apoderado del actor.

En la sentencia de segundo grado se confirmó la del a quo y se dispuso remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3.2. Luego de resumir la actuación de primera instancia y las razones de la impugnación, el

Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria fundó la confirmación del fallo objeto de la alzada, en las consideraciones que se sintetizan a continuación:

3.2.1. Se encuentra demostrado en la investigación penal a que se refiere esta acción de tutela que el Fiscal General de la Nación, mediante resolución No. 0-113 de 9 de julio de 1999 designó al doctor Jaime Córdoba Triviño, Vicefiscal General de la Nación como Fiscal Delegado Especial para actuar como funcionario de segunda instancia; e igualmente se encuentra demostrado que en virtud de la resolución aludida efectivamente conoció de la apelación de la medida de aseguramiento dictada contra el ciudadano Hugo Escobar Sierra por la Fiscal Delegada Especial de primera instancia, doctora Martha Lucía Zamora Avila.

3.2.2. Es igualmente cierto que, conforme al artículo 12 inciso tercero de la Ley 270 de 1996 el Vicefiscal General de la Nación y los distintos Fiscales Delegados ejercen funciones jurisdiccionales, lo que significa que, investido de la Delegación Especial de que fue objeto por el Fiscal General de la Nación para actuar como funcionario de instrucción de segunda instancia, el Vicefiscal General podía, como en efecto lo hizo, actuar como funcionario jurisdiccional, conforme a lo dispuesto por el artículo 121 A, numerales 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal con la redacción que al efecto se imprimió a esa norma por el artículo 18 A de la Ley 81 de 1993.

Por otra parte, observa el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria que no obstante que el parágrafo del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en armonía con el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal ordenó que durante los dos años siguientes a la vigencia de esa ley se designara un cuerpo especial de funcionarios judiciales de la Fiscalía encargados en forma exclusiva de tramitar los recursos de apelación, lo cierto es que el Fiscal General de la Nación invocó para dictar la resolución 0-1113 de 9 de julio de 1999 las facultades conferidas en los artículos 22, numeral segundo del Decreto 2699 de 1991 y 22-2 del mismo Decreto, entre otras, bajo el entendimiento de que el cuerpo especial de funcionarios a que se refiere el parágrado del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, resulta aplicable cuando se ejercen funciones que de ordinario correspondan a los Fiscales Delegados, más no en aquellos en donde el Fiscal General de la Nación hubiere destacado un Fiscal Especial para la instrucción de la investigación correspondiente cuando la gravedad y complejidad de los asuntos objeto de la misma así lo ameriten, como ocurrió en este caso.

3.2.3. Expresa igualmente el fallador ad quem que del examen del expediente surge que existe una “disparidad de criterios” entre el actor y los funcionarios de instrucción de primera y segunda instancia en la investigación penal a que se ha hecho alusión, discrepancia en virtud de la cual la Fiscalía arribó a la conclusión de que existía prueba suficiente primero para dictar medida de aseguramiento contra el sindicado Hugo Escobar Sierra y luego para proferir resolución de acusación, entre otros contra este, por lo que no puede entonces aceptarse que hubiere vía de hecho en las providencias respectivas.

3.2.4. Adicionalmente, el Consejo Superior de la Judicatura, -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, considera que no ha de concederse la tutela interpuesta por el actor, pues este “contaba y cuenta con recursos distintos” para defender los hechos que dicen le fueron quebrantados, como el control de legalidad de la medida de aseguramiento y la utilización de los mecanismos ordinarios previstos en la legislación procesal para combatir las providencias adversas, llegando incluso a la posibilidad de solicitar la nulidad de la actuación, aún en la etapa del juicio.

4. ACTUACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL.

4.1. Remitido el expediente para la eventual revisión de la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, la Sala de Selección No. 6 por auto de 22 de junio de 2000 (folios 611 a 640, cuaderno principal No. 2), lo seleccionó para el efecto y en el reparto correspondió conocer del mismo al magistrado doctor Antonio Barrera Carbonell.

4.3. En sesión de Sala Plena del 19 de octubre de 2000, a petición del ponente se asumió por aquella el conocimiento de esta acción de tutela dada la importancia del asunto, según constancia secretarial que obra a folio 989 (cuaderno principal No. 3).

4.4. En sesión de 12 de diciembre de 2000, fue aceptado el impedimento que para actuar en el trámite de la revisión de la sentencia proferida en esta acción de tutela fue manifestado por el magistrado doctor Alvaro Tafur Galvis, conforme aparece en constancia secretarial visible a folio 1017 (cuaderno principal No. 3).

4.5. En sesión de 18 de enero de 2000, según constancia secretarial que obra a folio 1048 del cuaderno principal No. 3, fue aceptado el impedimento manifestado por el magistrado

doctor Eduardo Montealegre Lynett para actuar como tal en la revisión eventual de la sentencia dictada en el trámite de esta acción de tutela, razón esta por la cual el expediente fue enviado en la misma fecha al magistrado doctor Alfredo Beltrán Sierra, quien actúa entonces como ponente.

4.6. El apoderado del actor, en memorial recibido por la Corte el 17 de agosto de 2000, anexó a esta Corporación copia de la providencia de 24 de julio de 2000, proferida por la Fiscal Especial de primera instancia, mediante la cual se dictó de nuevo resolución de acusación, en virtud de haber sido declarada nula por la Vicefiscalía General de la Nación en providencia de 29 de julio de 2000, la resolución de acusación inicialmente dictada, como ya se dijo, el 6 de febrero de 2000.

4.7. Cumplidas las actuaciones precedentes, se procede entonces por la Corte Constitucional a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela que como mecanismo transitorio fue interpuesta por el ciudadano Hugo Escobar Sierra a que se refiere esta providencia, competencia esta que se funda en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los preceptos contenidos en los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2191 de 1991.

2. Cuestión jurídica objeto de esta acción de tutela.

Como queda establecido en virtud de los antecedentes a que se ha hecho mención en esta misma providencia, corresponde ahora a la Corte analizar si es procedente conceder como mecanismo transitorio la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio libre de la profesión de abogado, al buen nombre y a la honra, a que se respete la presunción de inocencia, y a la investigación integral, que el actor considera violados con algunas actuaciones surtidas por la Fiscal Delegada Especial en primera instancia y por el Vicefiscal General de la Nación quien actuó como Fiscal Delegado Especial en la segunda instancia, designados ambos para ese

efecto por el Fiscal General de la Nación, en el trámite de la investigación penal adelantada, entre otros, contra el ciudadano Hugo Escobar Sierra por posibles irregularidades en la conciliación celebrada entre el Ministerio del Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-

3. Improcedencia de la acción de tutela que como mecanismo transitorio fue interpuesta, en este caso, por el ciudadano Hugo Escobar Sierra.

3.1. Como es suficientemente conocido la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992 tiene por sentado que, cuando se trata de providencias judiciales la acción de tutela solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y alegada en forma oportuna acudiendo para ello a los medios de impugnación instituidos en los respectivos Códigos de Procedimiento.

3.2. En la misma sentencia ya aludida y en jurisprudencia reiterada por esta Corporación en múltiples oportunidades, se ha insistido por la Corte en que, la acción de tutela puede ser ejercida por las partes contra providencias judiciales cuando ellas, por sí mismas, son una vía de hecho, la que, como resulta apenas obvio, sólo puede presentarse de manera excepcional. De tal suerte que ella se presenta como "una anormalidad, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho Sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el yerro que ha comprometido o mancillado los postulados posteriores de la Constitución por un abuso de la investidura" (Sentencia T-492 de 7 de noviembre de 1995, magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

3.3. Ello significa, entonces, que la concesión de una acción de tutela respecto de providencia judicial de la cual se afirma la existencia de una vía de hecho, necesariamente encuentra como limitantes la autonomía propia de los funcionarios jurisdiccionales en su labor diaria y ordinaria de administrar justicia y, de otra, la aludida Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, que es cosa juzgada constitucional desde el punto de vista material, en la cual, en forma clara y precisa se señaló que sólo es procedente acudir a la acción de tutela

contra providencias judiciales cuando en ellas se presenta de manera ostensible una ruptura de carácter grave entre el actuar del funcionario judicial en un proceso y el ordenamiento jurídico positivo del Estado previsto en la ley para su tramitación y decisión, lo que implicaría un abuso del funcionario en desmedro de los derechos fundamentales de quienes acuden a la jurisdicción, tan sólo que encubierto bajo la forma de una providencia que, en tales circunstancias de ella únicamente tendría apenas la apariencia.

3.4. En el caso de autos, se observa por la Corte que la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Hugo Escobar Sierra como mecanismo transitorio resulta improcedente, por cuanto:

3.4.1. Como ya se dijo, son pretensiones del actor: que para proteger los derechos fundamentales que afirma le fueron violados.

– Se revoque u ordene revocar a la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, doctora Martha Lucía Zamora, quien fue designada como Fiscal Especial en la citada investigación penal, los numerales 9, 10, y 22 de la parte resolutiva de la providencia de 12 de agosto de 1999 por ella proferida, en los cuales, en su orden, se dictó medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva en contra del ciudadano Hugo Escobar Sierra como presunto cómplice del delito de peculado por apropiación, que deberá cumplirse como detención domiciliaria en el lugar allí indicado y se dispuso, además, el embargo y secuestro preventivo de un inmueble de propiedad del referido ciudadano en la ciudad de Bogotá.

– Se revoque u ordene revocar a la Vicefiscalía General de la Nación la providencia de 3 de diciembre de 1999 en cuyo numeral 5 se confirmó la medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por domiciliaria, impuesta al ciudadano Hugo Escobar Sierra.

– Se revoque u ordene revocar a la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, que actúa como Fiscal Especial en esta investigación penal, las providencias de 21 y 22 de diciembre de 1999, mediante las cuales, en su orden, se rechazó la solicitud de decretar la ampliación de indagatoria de algunos de los sindicados, pedida por el apoderado del ciudadano Hugo Escobar Sierra, así como la petición elevada por este último para que se requiriera información a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura y a la Procuraduría General de la

Nación sobre el ejercicio con honestidad y probidad de la profesión de abogado por parte del peticionario, por una parte; y, por otra, en cuanto en la segunda de las providencias citadas se cerró parcialmente la investigación penal adelantada contra el ciudadano Hugo Escobar Sierra.

– Se revoque u ordene revocar al Vicefiscal General de la Nación la providencia proferida en segunda instancia por medio de la cual se confirmó el auto dictado por la Fiscal Especial en esta investigación penal el 18 de enero del año 2000, que denegó el decreto de las pruebas a que se hace referencia en el numeral precedente.

– Se revoque u ordene revocar a la Fiscal Especial en esta investigación penal la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000, en sus numerales 5, 6 y 34, en cuanto se decide acusar al ciudadano Hugo Escobar Sierra por haber incurrido presuntamente en el delito de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, se dispone que no tendrá el beneficio de la libertad provisional y se ordena hacer efectivas las medidas cautelares decretadas sobre bienes de su propiedad.

– Se revoque u ordene revocar a la Fiscal de primera instancia en esta investigación penal los numerales 1 y 2 de la providencia de 6 de marzo de 2000, mediante los cuales se denegó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000 interpuesto por el ciudadano Hugo Escobar Sierra y se confirmó la providencia impugnada.

– Se decrete la nulidad de la investigación penal a que se ha hecho referencia o se ordene decretarla a la Fiscal de primera instancia, a partir de la resolución que definió la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra y, en consecuencia, se decrete su libertad inmediata.

3.4.2. En cuanto hace referencia a la solicitud del actor para que se revoquen u ordene revocar las medidas de aseguramiento a que se hizo referencia en el numeral precedente, se observa por la Corte que el legislador, para hacer efectiva la garantía del sindicado contra la eventual arbitrariedad en que pudiera incurrirse por los funcionarios de instrucción en una investigación penal al resolver la situación jurídica del indagado, dispuso mediante el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 adicionar el Código de Procedimiento Penal con una nueva norma, bajo el número 414 A de dicha codificación, en la cual se establece que “las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que

se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público" , caso en el cual no se suspende el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

3.4.3. Examinado el expediente de esta acción de tutela, se encuentra por la Corte que en la investigación penal a que ella se refiere, definida la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra, no fue impetrado ante el Juez del Circuito Penal con competencia para el efecto el control de legalidad de las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscal Delegada Especial en primera instancia y confirmadas luego por el Vicefiscal General de la Nación como Fiscal Delegado Especial en segunda instancia, lo que quiere decir que, ejecutoriadas las decisiones atinentes a la definición de la situación jurídica del indagado, ni este como interesado, ni su defensor acudieron a un mecanismo de garantía contra la posible arbitrariedad o ilegalidad en que afirman se incurrió por los funcionarios de instrucción.

Esa omisión procesal del sindicado en la investigación penal aludida y de su defensor, no pueden entonces suplirse con la interposición de una acción de tutela sobre el particular, pues ello significaría, nada menos que autorizar el ejercicio de esta acción, que de suyo es excepcional contra providencias judiciales cuando ellas constituyen vía de hecho, en sustitución de los mecanismos instituidos por la ley para que de ellos se haga utilización oportuna en el proceso respectivo. De esa manera, la acción extraordinaria de amparo a los derechos fundamentales mutaría su naturaleza para descender al campo reservado a las partes en el procedimiento penal, o serviría para enmendar las omisiones de estos en el actuar judicial, o conduciría a la conclusión inaceptable de que las partes estarían autorizadas para utilizar a su antojo los mecanismos que en el proceso correspondiente les autoriza la ley para su defensa, o, la acción de tutela, dejando aquellos de lado, como si hubiera la opción de elegir entre la una y los otros, lo que resulta inaceptable dada la naturaleza propia de la acción de tutela, que sólo es residual y no paralela a los medios ordinarios de defensa establecidos por la ley.

3.4.4. A la solicitud de que se revoquen u ordene revocar las providencias de 21 y 22 de diciembre de 1999, dictadas por la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, que actúa como Fiscal Especial en esta investigación penal, el 21 y 22 de diciembre de 1999, así como la 18 de enero de 2000, proferida en segunda instancia por el Fiscal General de la

Nación, como Fiscal Delegado Especial, se encuentra por la Corte que no constituyen una vía de hecho en tanto por su propio contenido se ofrezcan al juzgador de tutela como manifiestamente arbitrarias o abusivas y, por lo mismo, lesivas de los derechos fundamentales del actor.

3.4.4.1. En efecto, en la providencia de 21 de diciembre de 1999, cuya copia obra a folios 220 a 233 del cuaderno denominado "Anexo 1 -Copias resoluciones de la Fiscalía"-, la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, quien actúa como Fiscal Especial de primera instancia en la investigación penal mencionada, en el numeral primero rechazó la solicitud de pruebas formulada por el abogado Pedro Enrique Aguilar León, como defensor entonces del doctor Hugo Escobar Sierra, y en el numeral segundo de la misma providencia, también rechazó las pedidas directamente por este.

En cuanto a las pruebas pedidas por el defensor citado, encontró la funcionaria instructora de primera instancia, que aquél solicitó la ampliación de indagatoria de varios de los sindicados para que fuesen interrogados a cerca de la conducta del ciudadano Hugo Escobar Sierra y sobre la demanda suscrita y por él presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como apoderado de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe DRAGACOL S.A, solicitud de pruebas esta respecto de la cual se dijo por la Fiscal Delegada Especial que "revisado cuidadosamente una a una las diligencias de indagatoria rendidas por los señores Alfred Bray Bohórquez. Luini Moisés Araújo Molina, Ronald Granger Quintana, Jahir Ariza Molina, Alberto Luis Mercado Hernández y Alvaro Puello Sánchez, en todas ellas se les interrogó a tales sujetos procesales "por la relación existente con el doctor Hugo Escobar Sierra, el conocimiento que previamente tuvieran sobre la utilización de los contratos con relación a las pretensiones de DRAGACOL" en la petición suscrita por este, por lo que concluyó "que no es necesario un nuevo interrogatorio", aseveración que se hizo por la funcionaria en la citada providencia de 21 de diciembre de 1999, recordando, de manera expresa los folios en los cuales aparecen las declaraciones rendidas por los demás indagados en relación con el ciudadano Hugo Escobar Sierra y las actuaciones de este. (Folios 227 a 228, copia providencia mencionada, cuaderno denominado anexo No. 1).

3.4.4.2. Con relación a las pruebas solicitadas por el doctor Hugo Escobar Sierra con respecto al ejercicio honesto y probo de su profesión como abogado, para lo cual pidió oficiar

sobre su desempeño como tal en distintos procesos a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura y a la Procuraduría General de la Nación, fueron rechazadas por la Fiscal Especial, bajo la consideración de que "son absolutamente inconducentes e impertinentes, pues no existe duda a cerca de la honestidad y del correcto ejercicio de la profesión de abogado, en los citados casos en que ha asistido el doctor Hugo Escobar Sierra como profesional del Derecho", por una parte; y, por otra, adujo además que "en la diligencia de indagatoria rendida por el doctor Hugo Escobar Sierra, correspondiente a la sesión del día 28 de abril del año en curso, y que se halla a folio 401 del Cd. No. 1, manifestó no tener antecedentes penales ni disciplinarios, es decir, que nunca ha sido afectado por la comisión de delito alguno o por faltas disciplinarias tanto en su ejercicio como servidor público o como abogado", todo lo cual lleva a que por esas razones las pruebas solicitadas "serán rechazadas", como efectivamente lo fueron.

3.4.4.3. Por lo que respecta a la providencia de 22 de diciembre de 1999, mediante la cual se cerró parcialmente la investigación seguida entre otros contra el ciudadano Hugo Escobar Sierra, en ella se expresa por la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, quien actúa como Fiscal Especial en este proceso, que, por cuanto se reúnen los requisitos señalados por los artículos 438 y 438 A del Código de Procedimiento Penal, se procede a declarar el cierre parcial de la investigación contra algunos sindicados, entre ellos el ciudadano Hugo Escobar Sierra, y, además, se dispone que una vez ejecutoriada esa resolución, se les correrá traslado a los sujetos procesales por el término de ocho días "para que presenten las solicitudes que consideren necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse" (folios 906 a 907, copia de la providencia citada, cuaderno principal No. 3).

3.4.4.5. De la misma manera, se encuentra por la Corte que la invocación de la Fiscal Delegada Especial al contenido normativo del artículo 438 A del Código de Procedimiento Penal, con la redacción que a esa norma le fue dada por el artículo 57 de la Ley 81 de 1993, se ajusta a Derecho, pues está acreditado que varias personas se vincularon al proceso, por una parte; y, por otra, queda claro que si en ejercicio de la autonomía jurisdiccional que le es propia la referida funcionaria instructora consideró reunidos los presupuestos probatorios mínimos para cerrar dicha investigación con relación a algunos sindicados, se encontraba facultada para dictar esa providencia de cierre parcial de la investigación con respecto al

ciudadano Hugo Escobar Sierra, lo que no indica ninguna arbitrariedad rampante que permita considerar tal providencia como una ostensible vía de hecho judicial.

3.4.4.6. En tal virtud, no existe entonces, tampoco, manifiesta arbitrariedad que por lo mismo sea una vía de hecho judicial en la providencia dictada por el Vicefiscal General de la Nación el 18 de enero del año 2000 que confirmó la decisión de la Fiscal Especial de primer grado de 21 de diciembre de 1999 en cuanto rechazó las pruebas solicitadas tanto por el apoderado del ciudadano Hugo Escobar Sierra, como por este último personalmente, pues la decisión, se repite, se fundó en la consideración de ser ellas impertinentes e inconducentes, y en la providencia se explicó la razón por la cual se llegó a tal conclusión, lo que ciertamente impide su consideración como vía de hecho judicial, aunque pueda discreparse de la apreciación del funcionario, lo que es distinto.

3.4.5. Solicita el actor que se revoque u ordene revocar a la Fiscal Especial en esta investigación penal la resolución de acusación por ella proferida el 6 de febrero de 2000 con respecto al ciudadano Hugo Escobar Sierra a quien se sindica de haber incurrido presuntamente en el delito de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, sin beneficio de libertad provisional y con la orden de hacer efectivas las medidas cautelares decretadas sobre bienes de su propiedad.

Así mismo, impetra que se revoque u ordene revocar a la Fiscal de primera instancia la providencia de 6 de marzo de 2000, mediante la cual no se accedió a la reposición interpuesta contra la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000 en cuanto se refiere al ciudadano Hugo Escobar Sierra.

3.4.5.1. Se observa por la Corte que la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000, (folios 271 a 409, en copia, cuaderno denominado anexo 1-copias resoluciones de la Fiscalía), vigente al momento de ser interpuesta esta acción de tutela no adolece de defecto fáctico que permita considerarla como una vía de hecho judicial, como se afirma por el actor.

En efecto, la Fiscalía adoptó en relación con el ciudadano Hugo Escobar Sierra la decisión de acusarlo por haber incurrido en el presunto delito de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, en cuantía de Diecisiete mil seiscientos millones de pesos ($17.600′.000.000.00), previo análisis de los elementos probatorios que allí se enuncian, en cuya virtud, a su juicio se encuentra demostrado que el representante legal de la sociedad Dragados y

Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.-, cobró ilegalmente a la Nación sumas de dinero que no se le adeudaban por contratos celebrados con el Ministerio del Transporte, cobro que se llevó a cabo utilizando “documentación falsa” y con el concurso de varios de los sindicados, todo lo cual permitió llegar a una conciliación con el Ministerio de Transporte en cuantía de veintiséis mil millones de pesos ($26.000′.000.000.oo), no obstante que, según la Contraloría General lo debido no era esa suma sino la de tres mil setecientos veintinueve millones seiscientos setenta y ocho mil pesos ($3.729′.678.000.00).

De igual manera al decir de la providencia de 6 de febrero de 2000, en la demanda a ser decidida por el Tribunal de Arbitramento en la Cámara de Comercio de Bogotá, se incluyeron por el doctor Hugo Escobar Sierra como fundamento de las pretensiones de su poderdante, la sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.., contratos respecto de los cuales no se había pactado cláusula compromisoria, así como actas por la ejecución de obras cuya pretensión pecuniaria era inexistente.

Igualmente, expresa la Fiscal Especial como funcionaria de instrucción de primera instancia en esa investigación penal que el doctor Hugo Escobar Sierra, a través de entrevistas por él celebradas con el entonces Ministro de Transporte, Mauricio Cárdenas Santamaría planteó a éste las pretensiones de su poderdante y la difícil situación económica por la que DRAGACOL S.A. atravesaba, participó en las audiencias de conciliación realizadas luego entre el Ministerio de Transporte y esa sociedad el 29 de octubre y el 6 de noviembre de 1999, e incluso en la elaboración de las actas respectivas, cumplido lo cual se desistió luego de la demanda de que habría conocer el Tribunal de Arbitramento.

Del mismo modo, afirma la providencia de 6 de febrero de 2000 que en la solicitud de constitución del Tribunal de Arbitramento aludido, algunas de las sumas de dinero a que ellas se refiere y los intereses moratorios que se reclaman, aparecen fundamentados en una aparente certificación del Ministerio de Transporte, que en realidad no era cosa distinta a la comunicación de un saldo de la deuda.

Por otra parte, en la providencia mencionada se expresa que la draga llamada Josefina A 6, por cuya inactividad por un tiempo largo se cobraban perjuicios a cargo del Ministerio de Transporte, durante la misma época estuvo destinada a la ejecución de otro contrato, diferente, celebrado con la sociedad Imayinis Comunicación Global, cuyas actividades se

iniciaron en el mismo edificio donde reside el ciudadano Hugo Escobar Sierra.

Tales circunstancias, unidas a la capacidad intelectual y profesional que como jurista se reconoce al doctor Hugo Escobar Sierra, llevaron entonces a la Fiscal Especial a considerar que la actividad desplegada por él no se limitó a la realización de correcciones formales a la demanda que para la constitución del Tribunal de Arbitramento se dice fue elaborada originalmente por el señor Regynaldo Bray Bohórquez.

De esta suerte, las conclusiones probatorias a que se llegó por la Fiscal Delegada Especial como funcionaria de primer grado en esta investigación penal, no resultan signadas por arbitrariedad manifiesta que permitan considerar la providencia de 6 de febrero de 2000 como una vía de hecho judicial, aunque pueda discreparse de la apreciación probatoria de la funcionaria instructora, como en efecto se discrepa de ella por el actor.

3.4.5.2. Agrégase a lo anteriormente dicho que la resolución de acusación, de fecha 6 de febrero del año 2000 en lo atinente al sindicado doctor Hugo Escobar Sierra, fue objeto de recurso de reposición interpuesto por su defensor, el cual fue desatado por la Fiscal Especial para esta investigación penal, en providencia de 6 marzo de 2000, en la cual se decidió no reponer, sino confirmar la providencia impugnada, como puede observarse a folios 410 a 422 del cuaderno denominado anexo 1- copias resoluciones de la Fiscalía-.

3.4.5.3. Así mismo, ha de anotarse que contra la resolución de acusación de 6 de febrero de 2000, no se interpuso por el ciudadano Hugo Escobar Sierra, ni por su apoderado el recurso de apelación, que era procedente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto, modificado por el artículo 59 de la Ley 81 de 1993, se expresa que “contra la providencia calificatoria proceden los recursos ordinarios”, uno de los cuales, como se sabe, es el de apelación contra los autos interlocutorios, como lo es el que profiere resolución de acusación.

3.4.6. Impetra igualmente el actor que se decrete la nulidad de la investigación penal o que se ordene decretarla a la Fiscal Especial de primera instancia, a partir de la resolución que definió la situación jurídica del indagado Hugo Escobar Sierra y que, en consecuencia, se decrete su libertad inmediata.

3.4.7. E igualmente, desde el comienzo, expresa que se le ha quebrantado la garantía del

debido proceso por falta de competencia funcional del Vicefiscal General de la Nación para actuar como funcionario de segunda instancia en la investigación penal aludida, pues estima que de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, para garantizar la doble instancia en las actuaciones jurisdiccionales que adelante la Fiscalía General de la Nación por conducto de un Fiscal Delegado, los recursos de apelación y de hecho que fueren interpuestos contra sus providencias, habrán de ser resueltos por "funcionarios judiciales de la Fiscalía encargados en forma exclusiva" de su tramitación y decisión, los cuales "entrarán a ejercer sus funciones a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la vigencia" de dicha ley.

3.4.8. En relación con la solicitud a que hacen referencia los numerales inmediatamente precedentes, se observa por la Corte que el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, con absoluta claridad establece que luego de ejecutoriada la resolución de acusación, "adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento", momento este a partir del cual el Fiscal "pierde la dirección de la investigación" y se transforma en "sujeto procesal".

Por su parte, el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal dispone que al día siguiente de recibido el expediente por el juez, "previa constancia secretarial" queda "a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta (30) días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes".

Ello significa, entonces, que la declaración de las nulidades que solicita el actor por vía de tutela, podrían haber sido formuladas durante la instrucción, e igualmente pueden serlo, conforme al citado artículo 446 en el término del traslado por treinta (30) días para la preparación de la audiencia, circunstancia esta que de suyo descarta la posibilidad de prosperidad de esta acción de tutela, pues, de no ser así, esta acción resultaría paralela a los medios de impugnación que la ley establece para que de ellos hagan utilización oportuna las partes en el proceso respectivo.

3.4.9. Adicionalmente se observa por la Corte que el Fiscal General de la Nación designó como Fiscal Delegado Especial para que asuma el conocimiento de la segunda en la investigación penal a que esta providencia se refiere, al señor Vicefiscal General de la Nación con invocación para el efecto de sus atribuciones constitucionales y de las legales conferidas

en los artículos 121-4 y 121 A- 5 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con los artículos 15-1, 20-3 y 22-2 del Decreto 2699 de 1991, es decir, que, a contrario de lo que considera el actor, el Fiscal General de la Nación, con una interpretación distinta de las normas legales acabadas de mencionar, que lo separan de la que se deriva del parágrafo del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, consideró que podía delegar como Fiscal Especial para este caso, en segunda instancia, al funcionario citado, sin que esa discrepancia de carácter jurídico sobre el sentido, alcance y aplicabilidad de esas normas legales pueda considerarse como constitutiva de una vía de hecho judicial, pues la decisión contenida en la Resolución 0-1113 de 9 de julio de 1999, puede ser objeto de impugnación por la vía judicial, sin que pueda llegar a afirmarse válidamente que constituye una violación frontal, directa y arbitraria del ordenamiento jurídico, pues la sola circunstancia de que existan en relación con tales atribuciones del Fiscal General de la Nación interpretaciones disímiles muestra con absoluta claridad que no existe la vía de hecho de que se duele el actor.

3.5. No obstante los razonamientos anteriores, ha de dejarse claramente establecido por la Corte que, como se dijo en Sentencia T-820 de 21 de octubre de 1999, magistrado ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra, y hoy se reitera por la Sala Plena de la Corporación, “las políticas punitivas del Estado, no pueden, so pretexto de combatir aquellas conductas que se considera están causando una mayor lesión al bienestar social, crear discriminaciones entre los sujetos activos de un delito y otro, al punto de desconocerle a unos, según la entidad del delito por ellos cometido, el derecho fundamental a contar con una adecuada defensa, si a quienes pueden ejercer esta, se les persigue como si hubiesen cometido delito aún más grave que el cometido por el sujeto que agencian”, pues, -se agregó- “no puede reprimirse abierta ni soterradamente el ejercicio de derechos que son propios de un Estado liberal, como lo sería, en este caso, no sólo el derecho a la defensa sino el ejercicio de quien pueda prestar esta de manera idónea”, ni se puede admitir que, “según la entidad del delito de que se trate, principios como el de la dignidad, derechos como el del debido proceso y el de la defensa, y libertades como la de escoger y ejercer profesión u oficio, se restrinjan o hagan nugatorios”, ya que el sólo hecho de que “un médico o un abogado preste sus servicios a una persona que esté al margen de la ley o se presuma que lo está, no hace por sí sola su actividad ilícita. Una es la actividad del sujeto que se asiste y otra, muy distinta, la de quien, en ejercicio de su profesión, le presta sus servicios para suplir sus necesidades”.

Es claro para la Corte que, en ningún caso puede llegar a obstaculizarse el ejercicio de la profesión de abogado para hacer nugatorio el derecho de defensa de las partes en un proceso, de cualquier naturaleza que este sea, so pretexto de reprimir conductas delictivas, así como tampoco puede invocarse el libre ejercicio profesional para realizar conductas que puedan, en realidad, constituir apenas maniobras que formen parte del iter criminis, pues, en tal evento, ellas han de ser objeto de investigación por parte del Estado para que previo esclarecimiento sobre el asunto, se decida luego lo que en Derecho corresponda, que fue lo que precisamente se decidió en la Sentencia T-820 de 21 de octubre de 1999, en relación con lo impetrado entonces por el actor.

4. Con relación al supuesto quebranto del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a que se refiere el actor, se reitera por la Corte que este permanece incólume hasta tanto no se dicte sentencia condenatoria contra el procesado y esta se encuentre en firme, lo que significa que, el ejercicio por las autoridades jurisdiccionales de la legítima facultad que conforme a la Constitución y a la ley corresponde al Estado de abrir una investigación penal, vincular a ella a un ciudadano, adoptar medidas de aseguramiento si se considera que se encuentran reunidos para el efecto los presupuestos legales, o, si llegado el caso se dicta resolución de acusación, nada de ello constituye una presunción sobre el actuar doloso de aquel a quien se acusa, pues en un Estado Democrático de Derecho, el sindicado goza a plenitud de las garantías establecidas por la ley para que, en la etapa del juicio, pueda ser absuelto o condenado, conforme a lo previsto por la ley y según lo que resulte probado en el proceso.

De esta suerte, el ejercicio de la función punitiva del Estado por los funcionarios judiciales, no puede considerarse de suyo como lesivo de derechos fundamentales como el del trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, el ejercicio de una determinada profesión, o de un oficio, pues, en una democracia los ciudadanos se encuentran sometidos a la ley y respecto de las providencias que en el curso de un proceso se dicten pueden ejercer el derecho a impugnarlas interponiendo contra ellas los recursos establecidos por el legislador, tanto ordinarios como extraordinarios para atacar la eficacia de las providencias judiciales, así como puede, igualmente, discutirse incluso la validez de tales providencias mediante la solicitud para que se declare la nulidad de las mismas, planteada con los requisitos y en la oportunidad establecida para el efecto por la ley.

5. Por último, se deja claramente establecido por la Corte que conforme al texto de la providencia de 24 de julio de 2000, proferida por la Fiscal Especial de primera instancia en la investigación penal a que se ha hecho referencia, hubo de dictarse nueva resolución de acusación mediante dicha providencia, por haber sido anulada la de 6 de febrero del presente año por decisión del Vicefiscal General de la Nación de 29 de junio de 2000, razón por la cual desapareció del ordenamiento jurídico en ese proceso la inicialmente dictada y que fue objeto de uno de los pedimentos del ciudadano Hugo Escobar Sierra en esta acción de tutela.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, el 12 de mayo de 2000, en la acción de tutela promovida por el ciudadano Hugo Escobar Sierra contra el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación y la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, doctora Martha Lucía Zamora Avila, quien actuó como Fiscal Especial en la investigación penal por posibles irregularidades con ocasión de la conciliación celebrada entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe -DRAGACOL S.A.

Segundo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones señalados por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORÓN DÍAZ

Presidente

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Impedimento aceptado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Magistrado (E.)

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrado (E).

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Impedimento aceptado

IVÁN H. ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E.)

Salvamento de voto a la Sentencia SU.061/01

DERECHO AL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO (Salvamento de voto)

DEBIDO PROCESO-Vulneración por falta de garantías en la defensa del actor (Salvamento de

voto)

Referencia: expediente T-331650

Con el debido respeto debo manifestar que, por las razones aquí expuestas, me separo de la decisión adoptada y de su motivación.

En efecto, estimo que los derechos fundamentales del actor fueron violados y que, siguiendo precedentes jurisprudenciales aplicados a casos muy parecidos, la Corte Constitucional ha debido restablecerlos mediante la tutela, así fuera con carácter transitorio, como el propio demandante -consciente de la existencia de otros medios judiciales- lo solicitó.

Ante todo, debo afirmar que el camino procesal indicado en el fallo al solicitante -que lo remite a la etapa del juicio- parte del supuesto de la resolución de acusación, en la cual consiste precisamente el daño a él causado en virtud de las protuberantes vulneraciones del derecho al debido proceso durante la fase investigativa.

La Corte declara en la parte motiva que "en ningún caso puede llegar a obstaculizarse el ejercicio de la profesión de abogado para hacer nugatorio el derecho de defensa de las partes en un proceso, de cualquier naturaleza que éste sea, so pretexto de reprimir conductas delictivas, así como tampoco puede invocarse el libre ejercicio profesional para realizar conductas que puedan, en realidad, constituir apenas maniobras que formen parte del iter criminis, pues, en tal evento, ellas han de ser objeto de investigación por parte del Estado para que previo esclarecimiento sobre el asunto, se decida luego lo que en derecho corresponda…".

Cita la Corporación el fallo T-820 del 21 de octubre de 1999 (M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra), en el que con toda razón se afirma que el sólo ejercicio de la medicina o de la abogacía en favor de una persona "que esté al margen de la ley o se presuma que lo está, no hace por sí sola su actividad ilícita". Y se añade: "Una es la actividad del sujeto que se asiste y otra, muy distinta, la de quien, en ejercicio de su profesión, le presta sus servicios para suplir sus necesidades".

Comparto plenamente esas observaciones, pero estimo que ellas han debido conducir, a la inversa de lo que ocurrió, al otorgamiento del amparo, pues del conjunto de documentos que

hacen parte del expediente conocido por la Corte resulta con claridad que el proceso iniciado contra el actor está relacionado directamente con el libre ejercicio de su profesión de abogado. Y, con base en la presunción de inocencia que el artículo 29 de la Constitución Política plasma en favor de toda persona, el Estado no puede inferir anticipadamente que ese sólo ejercicio implique la comisión de delitos por parte del profesional. Será necesario que, previo un debido proceso, rodeado de todas las garantías contempladas en la Constitución, se demuestre fuera de toda duda su responsabilidad penal por hechos, distintos de ese sólo ejercicio, que sean punibles. Y únicamente entonces podrá afirmarse que aquél ha sido invocado "para realizar conductas que puedan, en realidad, constituir apenas maniobras que formen parte del iter criminis...".

Entre tanto, como lo estipula con claridad el artículo 29 de la Carta, la persona tiene derecho a la defensa "durante la investigación y el juzgamiento" (subrayo), a "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra" (subrayo).

La manera en que está expresada esa garantía muestra un celo tal en el Constituyente que el inciso último del referido artículo declara sin ambages: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Y, en mi criterio, en el caso de autos, según lo que aparece en el expediente, el demandante no ha tenido en la etapa investigativa la plenitud de las garantías inherentes a su defensa, ya que además del problema de la falta de competencia de la Fiscal Delegada -que, como se verá, fue establecida nítidamente en la ponencia original presentada a la Corte por el doctor Jairo Charry Rivas-, no fueron practicadas pruebas decisivas, ya decretadas, con el efecto coincidencial de interrumpir términos que favorecían la libertad del sindicado.

En efecto, en auto del 8 de noviembre de 1999 (Primera Instancia Nº 4195), dictado por la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema, puede leerse que el doctor Hugo Escobar Sierra solicitó que se interrogara, sobre la relación que habían tenido con él, a treinta y tres personas, y que la investigadora, en dicha providencia, manifestó: "La Fiscalía acogerá la petición expresa, aunque varios de los referidos ya fueron interrogados al respecto, como los doctores JUAN ALBERTO PAEZ MOYA, DARIO VELANDIA TRIVIÑO y hará lo propio en las diligencias por practicar a partir de la fecha. En los interrogatorios a través de despacho comisorio y las pruebas ordenadas en el exterior, sus apoderados deberán estar atentos para

participar en las diligencias y si lo consideran conveniente, interrogar a los declarantes”.

Sin embargo, de los antecedentes del proceso de tutela puede inferirse que fueron oídos apenas unos pocos de los testigos cuya declaración se decretó, lo cual implica que fue lesionado el derecho a la prueba, al que tanto valor ha conferido la jurisprudencia de esta Corte.

No se olvide lo expresado en la Sentencia SU-087 del 17 de febrero de 1999, en la cual, por unanimidad, esta Corte afirmó:

“3. El procesado tiene derecho a que se practiquen todas las pruebas decretadas

Aunque la tutela no se concede, razones de pedagogía constitucional llevan a la Corte a advertir que la práctica de la integridad de las pruebas que hayan sido solicitadas por el procesado y decretadas por el juez, hace parte del debido proceso y que este derecho fundamental resulta vulnerado cuando la autoridad judicial obra en sentido diferente.

Según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma -que responde a un principio universal de justicia- surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia.

El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y procedentes, y si en realidad, considerados, evaluados y ponderados los elementos de juicio de los que dispone, ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad penal del procesado. Y, por supuesto, le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas, si estima fundadamente que los requisitos legales no se cumplen o que en el proceso respectivo no tienen lugar.

Pero -se insiste- tal decisión judicial tiene que producirse en la oportunidad procesal, que corresponde al momento en el cual el juez resuelve si profiere o no el decreto de pruebas; si accede o no -en todo o en parte- a lo pedido por el defensor, motivando su providencia.

Lo que no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es decretar las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a

favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial.

Ahora bien, lo dicho parte del supuesto de que lo acontecido no sea por culpa, descuido o negligencia del procesado o de su apoderado".

Varias sentencias posteriores han ratificado este criterio.

La sentencia de la cual discrepo entendió que las pruebas habían sido negadas por inconducentes e impertinentes (pág. 17), pero, como no se cita allí la fecha de la providencia, me parece que entonces se trataba de otras pruebas, y no de éstas, que evidentemente fueron decretadas.

Compartí plenamente el proyecto de fallo registrado ante la Sala Plena para la sesión de la fecha por el doctor Jairo Charry Rivas y sobre el cual versó el debate, en el que se dijo, en materia de competencia para el trámite de apelación de autos interlocutorios dictados por fiscales delegados:

"8. Con base en lo anterior, la Sala deberá resolver si, como lo afirma el actor, las decisiones proferidas por el Vicefiscal General constituyen actos arbitrarios que vulneran el debido proceso que se adelanta contra el doctor Hugo Escobar Sierra, o si, como lo sostiene el accionado, tienen pleno sustento legal y reglamentado.

Debido proceso en el trámite de la apelación de autos interlocutorios dictados por Fiscales Delegados.

9. El derecho fundamental al debido proceso es una cláusula abierta que consagra un conjunto de garantías mínimas que deben ser desarrolladas por el Legislador, dentro de un margen amplio de configuración. En este sentido, es la propia norma superior (C.P. arts. 28 y 29) la que limita dicha labor legislativa y judicial a fin de garantizar la preexistencia de la forma para cada juicio que conlleve a la verdad procesal. De ahí que, en especial en materia penal, el proceso busca salvaguardar derechos y libertades de las personas y, al mismo tiempo, pretende sancionar conductas penalmente reprochables para luchar contra la

delincuencia y la impunidad.

En ese orden de ideas, el conjunto de derechos y garantías que consagran los artículos 28 y 29 de la Carta se encuentran radicados en cabeza del posible infractor, los cuales deben ser armonizarlos con el conjunto de procedimientos que ha diseñado el Legislador y que le permite ejercitarlos y asegurarlos. En tal virtud, corresponde al operador judicial hacerlos efectivos, pues su desconocimiento o violación comporta una situación irregular que al ser calificada por el juez constitucional como ostensible, conduce a la existencia de una vía hecho, en virtud de la cual procede la acción de tutela.

Así las cosas, para resolver si existe vulneración del debido proceso, el juez constitucional deberá estudiar el procedimiento legalmente establecido para resolver la segunda instancia de autos interlocutorios proferidos por los Fiscales Delegados.

10. El accionado sostiene que el trámite que reprocha, tiene ocurrencia con ocasión de la delegación que efectuó el Fiscal General de la Nación en el Vicefiscal (Resolución Nº 0-1113 del 9 de julio de 1999). En efecto, dicha decisión está fundamentada en las atribuciones contenidas, de manera especial, en los artículos 121-4 y 121-A-5 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con los artículos 15-1, 20-3 y 22-2 del Decreto 2699 de 1991, según los cuales es delegado del Fiscal General de la Nación el Vicefiscal General de la Nación, “en aquellos procesos que directamente le asigne…”.

En lo pertinente la resolución cuestionada dispone:

“ARTICULO PRIMERO. DESIGNASE al señor VICEFISCAL GENERAL DE LA NACION JAIME CORDOBA TRIVIÑO, como Fiscal Delegado Especial para que asuma el conocimiento de la segunda instancia a que se contrae la investigación adelantada en relación con las presuntas irregularidades en el trámite de conciliación celebrado entre el Ministerio de Transporte y la firma DRAGACOL S.A.”.

Las decisiones de instancia que se revisan no encontraron yerro, arbitrariedad o capricho por parte del Fiscal General de la Nación, puesto que la Resolución que otorga competencia al Vicefiscal está sustentada en los artículos 121 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, el artículo 121-4 del C.P.P. señala que corresponde al Fiscal, “cuando sea necesario para asegurar la eficiencia” de la investigación, cambiar el fiscal que investiga. El artículo 121A-5 del CPP señala que el Vicefiscal General podrá “actuar como fiscal delegado especial, en aquellos procesos que directamente le asigne el Fiscal General de la Nación”. Los artículos 151-1, 20-3 y 22-2 del Decreto 2699 de 1991, disponen que el Vicefiscal General de la Nación, es delegado especial del Fiscal “en aquellos procesos que directamente le asigne…”.

Así, conforme a la anterior interpretación podría decirse que la investigación objeto de estudio, es un asunto que puede ser delegado por el Fiscal, por cuanto los casos cuya competencia es exclusiva de ese funcionario son estrictamente taxativos. Sin embargo, de acuerdo con lo reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación la delegación se ejecuta por la autoridad titular de la atribución, la cual tendrá como finalidad principal el descongestionamiento del órgano superior. Por consiguiente, el anterior argumento sólo es válido si el Fiscal es titular de la competencia que delega, pues de lo contrario no podría trasladar una función que no le pertenece.

(…)

11. Ahora bien, según el artículo 27 de la Ley 270 de 1996, que desarrolló para este efecto, el numeral 3º del artículo 123 del CPP, las actuaciones interlocutorias de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia cuando investiguen, califiquen y acusen directamente conductas, desplazando a los fiscales delegados ante tribunales y juzgados, están sometidas al principio de la doble instancia. Especialmente, el parágrafo del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispuso:

“PARAGRAFO. Los funcionarios judiciales de la Fiscalía encargados en forma exclusiva de tramitar los recursos de apelación entrarán a ejercer sus funciones a más tardar dentro de los dos años siguientes a la vigencia de esta ley”.

En el mismo sentido, el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal señaló:

“Dentro de la Fiscalía General habrá funcionarios judiciales con la función exclusiva de tramitar los recursos de apelación y de hecho contra las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal Delegado o la unidad de la Fiscalía que dirija la investigación. Sólo

para estos efectos tienen la calidad de fiscales delegados. Cuando en los artículos siguientes se hace referencia a fiscales delegados y se les otorga la función de decidir recursos se entiende que esa competencia está atribuida exclusivamente a los funcionarios judiciales señalados".

De acuerdo con estas disposiciones, los autos interlocutorios deben ser desatados por los distintos funcionarios judiciales de la Fiscalía, así:

a) Contra las providencias que profiera el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, conocerán de manera exclusiva, los Funcionarios judiciales de la Fiscalía encargados de resolver de estos asuntos.

b) Corresponde a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, decidir los recursos de apelación y de hecho proferidos por los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores (art. 123.2 C.P.P.).

c) A los Fiscales Delegados ante los tribunales superiores, se les asignó dirimir las apelaciones recursos que se interpongan contra las decisiones interlocutorias proferidas por los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos (art. 152.2 C.P.P.).

12. Lo anterior permite colegir que: a) los recursos de apelación y de hecho que se presentan contra las decisiones de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, deberán ser resueltos por los funcionarios de la Fiscalía que tienen de manera exclusiva esta actividad, b) que, en consecuencia, esos funcionarios judiciales son los únicos competentes para resolver dichos recursos.

Es claro entonces que el Fiscal General no sólo carecía de facultad para delegar una función que no le estaba asignada, sino que esa competencia era exclusiva de un grupo de personas que la ley consideró las únicas en condiciones de resolver, de forma autónoma e independiente, los recursos que garantizan el principio de la doble instancia en las actuaciones de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia. De lo anterior surge como evidencia además, que el Vicefiscal General tiene múltiples funciones asignadas legalmente (entre otros, artículo 121A C.P.P.), lo cual no le permitiría ser una autoridad encargada de resolver en forma exclusiva los recursos de apelación y de hecho que profieran

los Fiscales Delegados”.

Todo lo anterior me ha llevado a disentir, de la manera más respetuosa, de lo resuelto, pues creo que, para guardar coherencia con anteriores decisiones en materia de “vías de hecho” en providencias judiciales, inclusive cometidas en la etapa de la investigación por funcionarios de la Fiscalía, la Corte Constitucional ha debido conceder esta tutela y privar de efectos las actuaciones adoptadas con base en violación al debido proceso.

De generalizarse la tesis según la cual frente a toda irregularidad procesal de la investigación tiene el sindicado un medio de defensa judicial en la etapa del juicio, esta Corporación tendrá que recoger definitivamente su consolidada jurisprudencia en torno al otorgamiento de tutelas contra providencias y actuaciones de la Fiscalía General de la Nación.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra