

VIA DE HECHO EN PROCESO PENAL-Violación garantías del juez natural y respeto a formas propias de cada juicio

Proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales, cualquiera fuere la autoridad que lo disponga, como también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia. De esta manera, la corte ha sostenido que se incurre en vía de hecho, por vulneración del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, “cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria”

DERECHO AL JUEZ NATURAL-Su observancia es transversal para el ejercicio del estado Democrático y Social de derecho

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHO AL JUEZ NATURAL-Principio reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos

DERECHO AL JUEZ NATURAL-Constituye una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes públicos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia para juzgar altos funcionarios

En consideración a que del artículo 235 de la Carta Política se infiere, sin hesitación, que mientras los funcionarios relacionados en la norma se encuentran en ejercicio del cargo, tienen fuero integral y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan

PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL EN PROCESO PENAL EN CURSO-No establecimiento de jueces ad hoc ni atribución de competencias por fuera de jurisdicción ordinaria

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO-Vulneración

El artículo 228 de la Carta Política, a su vez, preceptúa el libre acceso de las personas a la administración de justicia para someter a investigación, análisis y decisión de los jueces la realización de sus derechos e intereses, sin más restricciones que las legalmente pertinentes, al punto que las limitaciones que imposibilitan o restringen dicho acceso, es decir en lo que tiene que ver con trámites y recursos, comportan la violación de la garantía constitucional al debido proceso, ya fuere por lesión del principio de la doble instancia -en los casos en que éste se establece constitucionalmente- o por vulneración del derecho de acceso a la justicia -cuando el recurso está previsto en la ley-.

DERECHO DE IMPUGNAR PROVIDENCIAS JUDICIALES-Tiene carácter angular al interior del estado social de derecho

RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA JUDICIAL-Posibilidad de no procedencia/RECURSO DE APELACION CONTRA AUTO INTERLOCUTORIO-Mayor amplitud de posibilidad de no procedencia

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Resoluciones interlocutorias son susceptibles de apelación cuando es investigado alto funcionario

Puede afirmarse que el ordenamiento garantiza a los sujetos procesales la doble instancia durante el sumario, excepto en los asuntos de competencia del Fiscal General de la Nación de modo que los altos funcionarios enumerados en los artículos 235 y 251 de la Carta Política que cesaron en el ejercicio del cargo y están siendo investigados por conductas punibles extrañas a las funciones por los mismos desempeñadas, les asiste el derecho de recurrir las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal competente, para hacer efectivos ante el Superior sus derechos e intereses. Por ello incurre en vía de hecho la autoridad judicial que hace inexigible el derecho de acceso al recurso de apelación de las providencias interlocutorias adoptadas durante el sumario, porque, si bien los artículos 29 y 31 de la Constitución Política no comprenden el derecho a la impugnación en la instrucción, de los artículos 13, 29 y 228 del mismo ordenamiento se desprende el derecho de ser juzgado en condiciones de igualdad, conforme a las leyes preexistentes al acto imputado ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo preceptúa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Contra sus providencias no procede recurso de apelación y el

grado de consulta

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL-Competencia amplia

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Supuestos a los cuales hace referencia expresa la Constitución

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Actuaciones procesales que quedan cobijadas por el legislador

LEGISLADOR EN MATERIA DE RECURSOS CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Límites al disponer la procedencia o no procedencia

FISCAL GENERAL DE LA NACION-No puede alterar competencias señaladas en la constitución y en la ley

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Facultades

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-Desarrollo independiente, autónomo e imparcial de la

investigación

FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-No son delegatarios/FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-Designación por el Fiscal General de la Nación

FISCAL GENERAL DE LA NACION-No puede inmiscuirse en las investigaciones adelantadas por los fiscales delegados

NULIDAD PROCESAL-Oportunidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procede si se utilizaron recursos de ley dentro del proceso

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Exministro de minas y energía condenado por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos

Referencia: expediente T-1049683

Acción de tutela instaurada por Rodrigo Villamizar Alvargonzález contra la Fiscalía General de la Nación y otros

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., dos (2) de febrero de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las providencias adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela instaurada por Rodrigo Villamizar Alvargonzález en contra de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado 53 Penal del Circuito, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por violación de su derecho al debido proceso.

I. ANTECEDENTES

El señor Rodrigo Villamizar Alvargonzález, por intermedio de apoderado, demanda a la Fiscalía General de la Nación, al Juzgado 53 Penal del Circuito, a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a causa de la condena proferida en su contra por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, fundado en que las autoridades demandadas vulneraron sus derechos fundamentales, “en especial el debido proceso y la defensa”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De conformidad con las pruebas aportadas al expediente, la siguiente es la situación fáctica jurídica que se advierte:

1.1 El 20 de agosto de 1997, el Fiscal General de la Nación abrió investigación preliminar sobre los hechos difundidos por los medios de comunicación hablados y escritos¹, que indicaban la presunta violación de los principios de transparencia y selección objetiva en la adjudicación de una frecuencia modulada en radiodifusión sonora, para la ciudad de Cali y el 21 de noviembre del mismo año el funcionario vinculó a la investigación al entonces Ministro de Comunicaciones y al actor, a la sazón Ministro de Minas y Energía².

1.2 El 8 de junio de 1998, el señor Fiscal General de la Nación definió la situación jurídica del indagado Villamizar Alvargonzález imponiéndole medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva –sustituida por detención domiciliaria-, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

El defensor del imputado recurrió la providencia fundado, principalmente, en que el ente investigador “termina de hecho utilizando” la grabación que dio inicio al proceso, así el

funcionario reconozca su “condición espuria, como que fue obtenida a través de una conducta criminal”, en cuanto “le habría resultado imposible, sin tener en cuenta el contenido de la criminal grabación, efectuar las deducciones e interferencias que obran en la decisión que nos ocupa, pues, como se expondrá más adelante y se puede corroborar con el acervo probatorio, no existe en el plenario prueba directa o indirecta que tenga la virtualidad de demostrar que de parte del doctor VILLAMIZAR existía un interés ilícito en que la propuesta del periodista MARIO ALFONSO ESCOBAR resultara favorecida”.

Medida de aseguramiento que el investigador mantuvo, como lo indican algunos de los apartes de la providencia, que se traen a colación -destaca el texto-:

“Contrariamente a lo que la defensa califica como mera “posibilidad” en el escrito de reposición, el proceso revela con absoluta claridad que además del proyecto Hidromiel, el tema de las frecuencias para la Ciudad de Cali fue igualmente abordado por los Ministros.

Dos razones de este aserto:

Primera: Tras la noticia de los medios referida a la presunta trasgresión del estatuto contractual en la adjudicación de las frecuencias para radiodifusión sonora y comercial, en particular de la publicación hecha por la revista Semana, el doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ expidió el 17 de agosto de 1977, en su condición de Ministro de Minas y Energía, un comunicado de prensa en el que refiere una conversación que sostuvo con el doctor ARBOLEDA GOMEZ, Ministro de Comunicaciones, cuando aquél se encontraba en Estados Unidos y luego del proceso quirúrgico al que fue sometido; que en tal conversación se “tocaron varios temas” , así: el del proyecto La Miel; el atinente a la viabilidad de que su hermano pudiera vincularse a un cargo en el sector de comunicaciones, como contador público; y finalmente, el tema de la “adjudicación de emisoras en Cali, en el cual, varios grupos de proponentes estaban enfrentados por tener similitud de opciones..” enfatizando que “lo único que hice fue hacer comentarios a favor de periodistas profesionales, ampliamente conocidos en Cali , mi ciudad natal (Subrayas fuera del texto).

Segunda: En la diligencia de versión libre rendida ante la Procuraduría General de la Nación, Oficina de Investigaciones Especiales, precisa: “en ningún momento he negado haber tenido conversaciones con el Ministro de Comunicaciones sobre los temas explícitamente planteados en el comunicado”.

Corolario de lo expuesto en precedencia es que el tema de las frecuencias para la ciudad de Cali, no sólo fue abordado por el doctor VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ antes de su viaje a Estados Unidos, sino que igual fue asunto que se trató después, cuando éste se encontraba en periodo postoperatorio; y en acuerdo con su comunicado de prensa, en razón de los enfrentamientos que tenían varios proponentes por tener similitud de opciones, haciendo comentarios “ a favor de periodistas de Cali”.

No fueron pues simples “preocupaciones e inquietudes” las transmitidas por el doctor VILLAMIZAR en su condición de Ministro de Minas y Energía, al doctor SAULO ARBOLEDA GOMEZ , Ministro de Comunicaciones. Se trató, en puro rigor, de una recomendación que aquél puntualiza fue en favor de periodistas de Cali. Y así como se tiene comprobado las conversaciones telefónicas y personales fueron sistemáticamente con MARIO ALFONSO ESCOBAR, cuya propuesta resultó beneficiada, obvia es la conclusión de que la recomendación fue “a favor” de este periodista mismo que le manifestó al entonces Ministro de Minas su preocupación (esa sí) por las pocas opciones que tenía en un proceso que se definiría por el sistema de cara y sello, y la disponibilidad de hacer alianzas para que no lo dejaran por fuera.

Así las cosas la ilicitud del comportamiento deviene del interés particular que prevaleció en un acto que debió estar gobernado por el interés público, MARIO ALFONSO ESCOBAR fue seleccionado como consecuencia de la acción eficaz de la recomendación hecha por el doctor VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ a su colega de comunicaciones, doctor Saulo Arboleda Gómez

y que surgió, bien se sabe, como consecuencia de lo expuesto por ESCOBAR al doctor VILLAMIZAR en el sentido de que no tendría muchas opciones en un sistema de cara y sello (factor respecto del cual se sabía, para la fecha de la conversación del 21 de julio entre los dos ex ministros (sic), que no se aplicaría con base en lo conceptuado por el Ministerio Público) y de que estaba dispuesto a hacer “con tal de que no lo dejaran por fuera”.

Que esa recomendación fue eficaz, no lo controvierte ni desvirtúa la excusación del ex ministro de Comunicaciones (sic) y recordada por el recurrente, en el sentido de que no actuó influenciado por el Dr. VILLAMIZAR al adjudicarle la frecuencia a MARIO ALFONSO ESCOBAR; y no lo desvirtúa, por cuanto a más de ser lo expuesto obvio mecanismo defensivo, la entidad de la prueba que viene valorada revela la estrecha relación causal entre el consejo dado por el doctor VILLAMIZAR a su homólogo de Comunicaciones para que le adjudicara al periodista de Cali y la consecuente decisión de éste.

(..)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En estas condiciones ha sido claro para la Fiscalía, que no ajeno a su constatación, el actuar doloso del doctor VILLAMIZAR, por la cual no se accede a la pretensión de reponer el proveído por medio del cual se afectó su situación jurídica, amén de la reiterada acreditación en exceso de los presupuestos sustanciales exigidos al efecto”.³

-La medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por domiciliaria, a que se hace mención, fue revocada por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá el 12 de

junio de 2002, por cuanto “el incriminado no ha eludido ni evadirá su comparecencia al proceso o el cumplimiento de la sanción bajo la modalidad atenuada referida (prisión domiciliaria).-.

1.3 El 21 de octubre de 1998, el señor Fiscal General de la Nación calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del actor “por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, como determinador”, y el 17 de noviembre siguiente se pronunció en el sentido de mantener la decisión.

Argüía el apoderado del actor i) que el material probatorio no fue valorado íntegramente “dejando el lado el análisis de aquellas probanzas que tienen la virtud de demostrar que la conducta del doctor VILLAMIZAR fue por entero inocua frente a la determinación que se le imputa”, al igual que los testimonios que tienen “contundencia para infirmar las imputaciones formuladas al doctor VILLAMIZAR como determinador del punible”; ii) que “para que la acusación formulada en contra del doctor VILLAMIZAR esté conforme a derecho, es preciso demostrar la relación de causalidad entre la conducta de su poderdante y la del doctor ARBOLEDA GOMEZ”, lo que no ocurrió; y iii) que “la Fiscalía convirtió en delito de resultado un comportamiento que es de mera conducta, cuando lo que reprime el tipo penal es el interesarse ilícitamente en la celebración de un contrato, sin que importe para nada el resultado.”

El Fiscal, por su parte, consideró que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos “se consuma idealmente tan pronto en la mente del deudor surge tal interés” y destacó lo importante que resulta que lo “consumado en la mente del autor (...) trascienda al mundo exterior”, no como elemento integrante del tipo delictivo, sino porque no resulta posible incriminar por pensamientos por ilícitos que éstos sean y dado que los hechos permiten acceder a la conducta penalizada.

Entre otras consideraciones, añadió la Fiscalía:

“Conforme con lo anterior, no puede haber prueba directa , salvo la confesión, justamente porque es una inclinación de ánimo que se demuestra indiciariamente a partir de lo que el defensor del doctor ARBOLEDA llama primer y tercer estadio, vale decir que la comprobada recomendación y la posterior adjudicación a MARIO ALFONSO ESCOBAR, a la que se auna el hecho cierto, por demostrado, de que la adjudicación no estuvo precedida del cumplimiento de los principios que gobiernan la contracción estatal, en tanto y por cuanto se desvirtuó que los empates presentados en la Ciudad de Cali se hubieran resuelto con la aplicación de los denominados criterios adicionales; tal adjudicación en este orden de ideas estuvo orientada por un interés personal ajeno, por supuesto, al general que en todo caso debe caracterizar los actos de la administración pública”.

1.4 La Sala Penal de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia adelantó la etapa del juicio hasta la audiencia de juzgamiento, oportunidad ésta en la que resolvió declarar la nulidad parcial de la actuación “a partir del traslado estatuido por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, en lo concerniente a la actuación adelantada contra el doctor RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, al considerar que, si bien cuando sucedieron los hechos investigados y al inicio de la indagación preliminar dicho acusado se desempeñaba como Ministro de Minas y Energía, ya no lo hacía; no teniendo relación la conducta punible atribuida con ese cargo, ni con las funciones que le correspondía desempeñar como tal, carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Carta Política”.

En consecuencia, dispuso “la ruptura de la unidad procesal, para que en esta Corte continuara el juicio únicamente al ex Ministro ARBOLEDA GOMEZ y remitir copia de la actuación al reparto de los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, en lo correspondiente a VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ”⁴.

1.5 El Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito concedió el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, oportunidad que fue utilizada por el apoderado para manifestarse sobre la intervención del Fiscal General en el asunto, como se aprecia en la siguiente trascipción -se destaca-:

"En mi condición de defensor del señor doctor RODRIGO VILLAMIZAR con todo respeto, antes de pedir las correspondientes pruebas dentro del término legal pertinente, quiero advertir que no comparto, doctrinalmente, el que el señor Fiscal ante el Circuito, lo sea el General, y que éste pueda reemplazar a cualquiera, ya que esa no fue la postura doctrinal que creí tener como ponente del Código Procesal, en el momento que intervine, como miembro de la Comisión Legislativa Especial, por una parte, y por la otra, porque se formuló una acusación en términos tales que no se puede, jurídicamente, deducir que automáticamente ciertos y determinados términos del calificadorio han desaparecido y en consecuencia, éste sea válido. Se ha debido decretar una nulidad para corregir acertadamente el error".

"Pese a lo anterior como la providencia favorece ampliamente a mi cliente, mal puedo formular petición alguna sobre el particular."

"Como se de la actuación correcta y ajustada a los principios del derecho de la señorita Fiscal delegada, ante el Juzgado seguro, estoy que seguro (sic) de que coadyuvará las solicitudes de la defensa."

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El 4 de diciembre de 2001 el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR al doctor RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZÁLEZ (...) a la

pena principal de CINCUENTA Y DOS (52) MESES DE PRISIÓN Y MULTA EN CUANTÍA DE CATORCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por haberse hallado responsable del delito DE INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, en calidad de DETERMINADOR, de conformidad a lo signado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZÁLEZ a la pena accesoria (sic) de INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS por un periodo igual al de la pena principal.

TERCERO: DECLARAR que el doctor RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZÁLEZ se encuentra inhabilitado para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

(...)5"

Inicialmente el Juez del conocimiento se detuvo en la intervención en el juicio de la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, para luego analizar el hecho delictivo a la luz de las disposiciones entonces vigentes, valorar las pruebas y exponer su convicción sobre la responsabilidad del acusado.

Respecto de la legalidad de la intervención de la Fiscal Delegada en el juzgamiento, el A quo sostuvo:

"No es la primera vez que quienes intervienen en este tipo de procesos tengan la inquietud,

como el doctor ANTONIO CANCINO, de cuestionar la legalidad en el actuar de los Fiscales delegados por el Fiscal General de la Nación para el adelantamiento de las diversas etapas del proceso; pero así como tantas veces surgen estas preocupaciones para los sujetos procesales, en igual cantidad de oportunidades ha habido pronunciamientos sobre el actuar legal de dichos Fiscales designados.

Es indudable que la elección que hace el Fiscal General no está viciada de nulidad alguna, porque se encuentra ajustada al ordenamiento Constitucional y legal, y además porque el actuar del máximo funcionario de la Fiscalía obedece a un manejo organizacional dentro de la institución con miras a obtener una optimización de las funciones del ente acusador. Asimismo la asignación de la investigación a la Fiscal delegada ante la Corte Suprema, como en el caso que nos ocupa, no es a sentir de este despacho generador de situaciones que vulneren los derechos del procesado, por lo siguiente:

Creemos que el sentir del doctor CANCINO está encaminado a la ilegitimidad de la doctora NUBIA HERRERA para ejercer como fiscal dentro de la presente causa por la condición de Ministro del Doctor VILLAMIZAR a la fecha de los hechos, pero es claro que la calidad de aforado del ex ministro de Minas y Energía (sic) se desvaneció por cuanto su actuar no fue realizado en razón de su cargo, tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia al momento de declarar la ruptura de la unidad procesal. Entonces al no discutirse la verdadera calidad del hoy enjuiciado, por haber sido ampliamente dilucidado el tema por la máxima corporación, queda solamente establecer si la Fiscal Delegada ante la Corte en este proceso podía actuar.

(...)

Ahora, como quiera que la Corte Suprema de Justicia al establecer la imposibilidad de aforar al Doctor RODRIGO VILLAMIZAR, ese carácter indelegable de la función especial del Fiscal

General de la Nación para el adelantamiento de la actuación desaparece, por tanto la designación que se hace de la doctora NUBIA HERRERA está ajustada al ordenamiento legal, razón por la cual no estimamos que la actuación de esta funcionaria sea constitucional, como lo refiere el defensor del encausado, porque reiteramos el condicionamiento existente para la actuación del Fiscal General de la Nación por el fuero del Doctor VILLAMIZAR dejó de existir, siendo viable entonces delegar en la fiscal delegada ante la Corte Suprema el desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación de que trata el artículo 250 de la C.P. de Colombia”.

En torno de la realización de la conducta el Juez accionado relató que el actor, entonces Ministro de Minas y Energía, entró en contacto con su colega de Comunicaciones en razón de la participación de su amigo Mario Alfonso Escobar Izquierdo en el proceso licitatorio 001 de 1997, abierto mediante Resolución 2978 de noviembre 17 de 1995.

Refirió que mediante resolución 3536 del 24 de julio de 1997 el Ministro de Comunicaciones otorgó directamente licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, en gestión indirecta comercial, de cubrimiento zonal o local y en frecuencia modulada, a 81 participantes en la licitación 001 de 1997, entre éstos al señor Escobar Izquierdo, Sistemas Suministros Y Montaje de Proyectos Educativos Ltda.

Destacó que mediante Resolución 5422 del 7 de noviembre de 1996, el Ministerio había declarado “desierta la Licitación Pública Nacional 01 de 1995” y que lo mismo ocurrió con la licitación abierta el año siguiente, esta vez atendiendo la recomendación de la Procuraduría General de la Nación, según la cual “el proceso licitatorio No. 001-97 con las situaciones que se presentaron posteriormente, carecía de las garantías mínimas que debería revestir dicho proceso”.

Agregó que declarada desierta la licitación por segunda vez, se resolvió otorgar las licencias

por contratación directa, teniendo como base los ofrecimientos recibidos en los procesos licitatorios y los estudios y evaluaciones de los mismos, y así mismo dirimir la igualdad por puntos surgida entre los 11 proponentes de la ciudad de Cali, favoreciendo al “amigo personal del Doctor Rodrigo Villamizar”.

Recordó que el artículo 145 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, preveía una pena de 4 a 12 años de prisión y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales, para el “servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”, de donde concluyó la necesidad de demostrar el interés del actor en la adjudicación de la licencia al señor Mario Alfonso Escobar, como también su condición de determinador de la conducta desplegada por el ex ministro Arboleda.

Expuso que nadie discute el alto grado de confraternidad existente entre el señor Mario Alfonso Escobar y el actor, como tampoco la relación existente entre los ex ministros Villamizar y Arboleda, quienes mantenían “un enlace comunicativo permanente” por razón de sus cargos, aparte de haber sido amigos por muchos años, de donde concluyó que establecidas las relaciones de amistad se explican los contactos “que se suscitaron entre el proponente ESCOBAR y el adjudicatario ARBOLEDA”, en razón de la participación de aquel, en la licitación 001 de 1997, y agrega:

“Ahora bien, demostrado como se encuentra el ternario, es menester determinar si el mismo tuvo injerencia al momento de la adjudicación de las emisoras en frecuencia modulada para Santiago de Cali. Luego, sin que se haga necesario, a sentir de este fallador, retomar todo el proceso licitatorio, partiremos para el análisis de lo propuesto, el momento mismo en que le nace la inquietud a MARIO A. ESCOBAR de establecer cuál es la fórmula en caso de presentarse empate entre varios proponentes, que es precisamente lo que lo motivó para acudir a su amigo VILLAMIZAR.

Se detuvo en las pruebas allegadas al plenario, dando al traste con la afirmación del actor, según la cual sus comentarios sobre el proceso licitatorio “iban encaminados a favor de periodistas profesionales y por ende su acción no constituía un hecho delictuoso”, i) como quiera que la señora FABIOLA GÓMEZ asegura que el Doctor VILLAMIZAR habló con Escobar y “tuvo reuniones e incluso una de ellas en el Club El Nogal en el mes de junio (entiéndase 1997) antes de que se presentara la salida del país por parte del ex ministro de minas (sic), en razón de su estado de salud”; ii) dado que del testimonio de ELIZABETH MARROQUÍN se puede colegir la reunión “que se llevó a cabo el día 11 de dicho mes a eso de las seis de la tarde, en donde no solamente se iban a encontrar el Doctor VILLAMIZAR con su amigo MARIO ALFONSO, sino incluso también iba a estar presente RAFAEL ARAUJO” socio suyo en la licitación”; iii) debido a que el viaje por los mismos días de Mario Alfonso Escobar a Bogotá para su cita con el Doctor VILLAMIZAR se explica por “el incierto desenlace que iba a tener el proceso licitatorio por la utilización de balotas o sorteo”; y iv) en razón de que “ha de contarse con la llamada telefónica del 24 de junio, en la que la secretaria del Doctor VILLAMIZAR le dijo a MARIO ALFONSO ESCOBAR que se comunicara con el Doctor ARBOLEDA”.

Sobre lo último, puntualizó “que si bien el ministro de minas (sic) se escuda en el sentido de que se refería a un consejo para que su amigo le pidiera una cita a dicho funcionario por ser la persona directamente responsable de sus intereses, la verdad es que tal excusación no es aceptada por este fallador, toda vez que el mismo Doctor VILLAMIZAR sabía que si ESCOBAR acudía al Ministerio de Comunicaciones corría el riesgo de ser desvinculado del proceso licitatorio, en razón de unas de las prohibiciones existentes en la regulación de licitaciones. Y se dice que el Doctor VILLAMIZAR era conocedor de este hecho, porque como él mismo lo señaló, tenía la experiencia en su despacho de licitaciones similares, por eso no resultaría sensato poner en tal peligro a su amigo”.

Con el fin de demostrar “la forma en que determinó el Doctor VILLAMIZAR al Doctor SAULO ARBOLEDA para la adjudicación de la emisora a MARIO ALFONSO ESCOBAR”, el Juzgador insistió en “el lazo de amistad que lo unía desde la infancia con MARIO ALFONSO ESCOBAR por ser éste lo que ciertamente lo indujo a estructurar todo lo tendiente para convencer a su homólogo de comunicaciones de que su amigo saliera avante en el proceso licitatorio”, a partir del mes de junio de 1997, luego de que Escobar le solicitara que “le averiguara cómo estaba dentro dicha licitación.”

Apoyándose en “las diversas agendas de compromisos y llamadas; llevadas en los despachos de los ministros de minas y comunicaciones (sic)”, de las que aseguró se deduce un incremento inusitado en los encuentros entre aquellos “con posterioridad a la fecha en que el periodista ESCOBAR le manifestó la “inquietud” a su amigo VILLAMIZAR”, concluye que la determinación “del hoy enjuiciado sobre el ex ministro de comunicaciones (sic)”, con el fin de conseguir que éste favoreciera a su amigo, efectivamente ocurrió “ya que es claro para este fallador que si bien es cierto la sola conversación no infringe la ley, también lo es que cuando ese contacto transgrede la esfera de independencia que reviste un proceso licitatorio, para sugerir la inclinación a favor de uno de los proponentes en la licitación, ya el matiz de inocencia comunicativa, se convierte en el móvil constitutivo de una acción ilícita, porque se interviene de manera directa en la autonomía administrativa para que se resolviera en beneficio de un tercero, tal como sucedió en el presente caso”.

Para reafirmar su aserto, se refirió al papel preponderante desempeñado por el ex ministro VILLAMIZAR frente a su homólogo de comunicaciones, “en cuanto el entonces jefe de la cartera de minas y energía (sic) se dirigió a su amiga LUCÍA MADRIÑAN a quien le dijo, respecto al proceso licitatorio, que “si no sacaba buen puntaje no había nada que hacer”, deduce entonces el Juez que el actor “tenía el poder de influir en la decisión del ex ministro de comunicaciones (sic)”, situación ésta que dado el puntaje obtenido por Escobar, no puede considerarse sino que efectivamente se utilizó en su favor.

Refutó los planteamientos de la defensa i) “cuando pretenden demostrar que el Doctor VILLAMIZAR no podía determinar en razón de los quebrantos de salud que padecía”; ii) “cuando señala que al no haber sido condenado a perjuicios al Doctor ARBOLEDA no hay delito”; iii) cuando arguye que las reuniones del club el nogal (sic) no representaban nada antes del concepto del procurador (sic)”; y iv) en cuanto le inquietan las grabaciones publicadas en la revista Semana que dieron lugar a la investigación de la Fiscalía.

Lo anterior i) como quiera que se pudo establecer que no obstante sus quebrantos de salud el doctor Villamizar estaba al tanto de las “cosas de la oficina”, de modo que “si tenía la suficiencia mental para asimilar los datos que le allegaban, con mayor razón para entablar contacto con el Doctor ARBOLEDA para coordinar las condiciones y el curso que se adelantaba en el proceso licitatorio, a pesar de la distancia”; ii) toda vez que “la finalidad de la norma en desarrollo no pretende establecer necesariamente un perjuicio en contra de la administración, sino lo que verdaderamente persigue es el daño que se le causa en todas aquellas actividades que se desprenden de la función pública, derivadas de un interés particularizado, que valga decir se presenta en cualquier instante del desarrollo funcional estatal”; iii) en razón de que “el manejo subterráneo que se suscitó en torno al proceso licitatorio” sucedió antes y después del concepto del Procurador, de manera que no se puede aceptar que las reuniones del Club El Nogal nada representan, cuando “las demás situaciones (...) nos encaminan a demostrar la responsabilidad del Doctor VILLAMIZAR cuando quiso interceder con su colega ARBOLEDA para la adjudicación de la emisora a ESCOBAR IZQUIERDO”; y iv) dado que “al momento de hacer las anteriores valoraciones para nada tuvo en cuenta la ya, bien censurada grabación publicada, por considerar que es vulneradora de los derechos fundamentales de quienes protagonizaron la misma, por ello no merece hacerse mayor pronunciamiento”. Señaló el despacho -destaca el texto-:

“No es desconocido por este Juzgado que el señor ex ministro de minas (sic) con el fin de realizarse un tratamiento médico en Estados Unidos, programó su salida de nuestro país para el mes de julio de 1997 por el término de 45 días, teniendo su regreso en agosto 12 de la

misma anualidad. Pero así como no desconocemos el estado de salud del Doctor VILLAMIZAR, igualmente no se ha desestimar su capacidad de determinar y los contactos que entabló éste con el Doctor ARBOLEDA y de los cuales nos ocuparemos.

En tratándose de guardar una idea coherente, es preciso indicar que para demostrar en principio las asiduas pláticas entre los ministros, podemos referirnos en principio a la versión de la señora Elizabeth Marroquín (..), cuando señala que fueron ciertos, los varios acercamientos telefónicos entre los ministros, ya que los comunicaba “con regular frecuencia” hasta antes de que esa saliera a vacaciones en julio 12, de lo que fácilmente se puede colegir que la distancia territorial existente entre los dos ex funcionarios para nada perdía su permanente contacto. Y ha de ser admisible la manifestación de la deponente si tenemos en cuenta que la señora Marroquín era la Secretaria ejecutiva del ex ministro de minas (sic) y por ende al ser su persona de confianza no creemos que exista el mas mínimo ánimo de querer perjudicar a su ex jefe.

Pero no todo paró aquí, porque era tal la insistencia del Doctor ARBOLEDA en comunicarse con el Doctor VILLAMIZAR en Estados Unidos que luego de que saliera Elizabeth Marroquín a vacaciones procedió a comunicarse con la secretaria Fabiola Gómez, empezando las llamadas en julio 14, dentro de las cuales se encontraban la que le hizo a su celular en día sábado, siendo motivo de molestia para ella, tal como lo refiere en su deponencia (fl 64 CO 1).

Así las cosas y retornando la fecha en que se declara desierto la licitación (julio 10), es obvio que el ahínco del Doctor ARBOLEDA en comunicarse, con el Doctor VILLAMIZAR, se acrecentó desde dicha época, no dando cabida para suponer que fuese otro el motivo de la obstinación, porque bien sabido era para los dos ex funcionarios, que a partir del 1º de julio de 1997 comenzaba la nueva forma de adjudicación bajo el poder discrecional del ex ministro de comunicaciones (sic) que se encontraba respaldado por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2150 de 1995, siendo esto lo que precisamente dio paso a la materialización del actuar ilícito que nos ocupa.

En efecto, el Ministro de Comunicaciones tenía la legitimidad para la celebración de contratos, de acuerdo a la Ley de contratación y con base en ello podía bajo su potestad determinar la declaratoria de desierto del proceso de escogencia, como efectivamente ocurrió. Pero, es claro que su actuar transgredió el deber de selección objetiva del Artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que dice “..Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva...”.

Se afirma lo anterior por lo siguiente:

En principio se estableció que la autonomía de que gozaba el Doctor ARBOLEDA era suficiente para tomar una decisión como la que dio origen a la resolución de adjudicación de las emisoras. Para ello basta con mirar el testimonio de la Doctora RUBIOLA MELÉNDEZ - Secretaría (sic) general para la fecha de los hechos- quien dice: “...y en los casos de empate se dejó en libertad al señor Ministro de comunicaciones (sic) de seleccionar el que considerara conveniente, por cuanto todos estaban en igualdad de condiciones...” (...).

Aunado a esto, también hay que resaltar que los asesores del Ministro no intercedían en la forma que éste iba a proceder, tal y como lo asegura mas adelante la Secretaria General en su deponencia cuando refiere que “...Desconozco los criterios para escoger en los casos de empate por cuanto todos estaban en igualdad de condiciones para ser adjudicatarios...”. Significa esto que las exigencias de selección tan solo podían ser adoptadas por el Doctor SAULO, por consiguiente era quien decidía en últimas el adjudicatario de la emisora.

Luego, el ex ministro de comunicaciones (sic) contando con la discrecionalidad para realizar una posible contratación directa, era vulnerable y a su vez asequible ante las diversas recomendaciones que surgieran como consecuencia de esta actuación administrativa, que

fue lo que ciertamente ocurrió cuando comenzó el contacto con el ex ministro VILLAMIZAR (sic) y el Doctor MARIO ALFONSO ESCOBAR.

Por eso en aprovechamiento de esta circunstancia y luego de haberse constituido el contacto del ternario, fue que se pudo establecer que el Doctor ARBOLEDA escogió unos criterios de selección que iban a favorecer al periodista ESCOBAR, sin siquiera tener conocimiento de las propuestas de los licitantes para hacer una valoración real, por encontrarse éstas en unas urnas, tal y como lo afirma la entonces Secretaria General, lo cual confirma el Doctor JOSE FERNANDO BAUTISTA QUINTERO cuando asegura en su deponencia (...) "Que yo sepa el Ministro ARBOLEDA no tuvo acceso a las propuestas". Coinciendo con estas versiones la del doctor IVAN GUILLERMO LIZCANO quien en la diligencia de inspección judicial (...) practicada en las instalaciones del Ministerio de Comunicaciones (agosto 5 de 1998) manifestó "Que dichas propuestas, superada la fase de evaluación final, permanecieron guardadas en las cinco a seis urnas destinadas para ello hasta el mes de octubre del año anterior".

Lo anterior, junto con la forma misma en que se llevó a cabo la adjudicación final como es la de haber escogido tres criterios que estarían en desventaja con los demás licitantes, es lo que constituye la materialización de la conducta, por cuanto sin dudas esto no cobijaría a aquellos que se encontraran fuera de los medios de comunicación y por ende no garantizaría la selección objetiva, como lo señaló la Corte Suprema en el fallo condenatorio del doctor ARBOLEDA.

EFICACIA DE LA DETERMINACIÓN:

Enrutándonos nuevamente y en lo atinente al otro aspecto que versa sobre la eficacia de la determinación en las comunicaciones realizadas por el ex ministro VILLAMIZAR (sic) y que es una de las situaciones que según la defensa no se presenta. Es preciso señalar que dicha argumentación no tiene eco, toda vez que si retomamos la declaración de la señora Fabiola Gómez (fl. 63 CO 1), una de las secretarias del ex ministro (sic) (...) es dable acotar que dicho

funcionario, al recibir información sobre “cosas de la oficina” y recortes de periódicos, era lógico que tenía la capacidad de entender el acontecer que se suscitaba en su despacho y la actualidad nacional del momento con la reseña periodística. Por eso, si tenía la suficiencia mental para asimilar los datos que le allegaban, con mayor razón podía entablar contacto con el Doctor ARBOLEDA para coordinar las condiciones y el curso que se adelantaba en el proceso licitatorio, a pesar de la distancia.

De fácil deducción resulta lo anterior, si agregamos que el mismo doctor VILLAMIZAR en su versión ante la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (fl 48 C.O 2) es quien señala, sobre el asunto, que encontrándose “convaleciente” emitió “una serie de opiniones como cualquier ciudadano” y asimismo que su interés “no era distinto del interés del Gobierno” al cual prestaba sus servicios. Es decir que de acuerdo a estos apartes procesales que son acordes entre sí, se colige que el ex ministro (sic) si tenía la capacidad para entender lo que estaba aconteciendo, a punto que velaba por el “interés” estatal, como quien dice era una persona, que a diferencia como lo señalan la defensa y el vocero, si podía determinar al ex ministro de comunicaciones (sic) para la posterior adjudicación.

Y es que se requiere de lucidez mental para emitir los conceptos a que hace alusión el hoy enjuiciado, dado que por la importancia y desarrollo del proceso licitatorio, se ha de tener conocimiento sobre el mismo, cosa que una persona menguada en su capacidad intelectual no podría hacer. Igualmente este fallador comparte la juiciosa apreciación que hizo la señora Fiscal NUBIA HERRERA ARIZA sobre la posibilidad de determinación del Doctor VILLAMIZAR en su colega del ministerio a pesar de la ingesta de medicamentos postoperatorios, ya que es lógico que cualquier tipo de posología prescrita por los profesionales de la medicina, como el caso que nos ocupa, se hace bajo los parámetros razonables del ejercicio de la medicina sin que a su vez fuere a alterar el intelecto de quien los ingiere.

En conclusión, la conducta realizada por el Doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ,

es decir haber participado como determinador en la acción desplegada por el ex ministro de comunicaciones (sic) en el proceso de adjudicación directa de julio 24 de 1997 para el servicio de radiodifusión sonora comercial en gestión indirecta, con cubrimiento zonal y local, en Frecuencia Modulada (F.M.), con el fin de favorecer a su amigo MARIO ALFONSO ESCOBAR, es lo que merece el juicio de reproche toda vez que a pesar que no exista la posibilidad de un incremento patrimonial ilícito en cabeza del ex ministro de minas (sic), e incluso del de comunicaciones, sí está atentando contra el bien jurídico tutelado de la administración pública, dado que lo que se afectó es la actividad funcional del Estado que recaía en el ejercicio del ministro de comunicaciones (sic), quien a su vez fue condenado en la Corte por este hecho.

Agregando que el actuar del ex ministro de minas y energía (sic) es en forma dolosa, ya que, como quedó antes anotado, lo que pretendía interesadamente era que se le adjudicara la emisora a su amigo pero con el quebrantamiento de las normas reguladoras de la contratación administrativa, porque claro sí es, que al haber convencido a su homólogo de comunicaciones (sic) estaría sobreponiéndose a las demás propuestas que se encontraban en igualdad de condiciones, como eran la de los otros ocho proponentes que no fueron adjudicados a pesar que contaban con el mismo puntaje que el señor MARIO ALFONSO ESCOBAR y que no fueron tenidos en cuenta por la simple autonomía del ingeniero SAULO ARBOLEDA.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Por lo tanto, la mención de los criterios ‘ser periodista radial’, ‘trayectoria como periodista en empresas radiales’ y ‘experiencia como periodista radial’, que en el fondo se reducen al mismo aspecto, pero que ha tratado de mostrar pluralmente el ingeniero ARBOLEDA GOMEZ dentro de este proceso y a los medios de comunicación, para disimular la ventaja otorga a Mario Alfonso Escobar Izquierdo a petición de su colega de Gabinete, contraría los parámetros de los considerandos de la Resolución 3536.” (Octubre 25 de 2000)

Y es que resulta lógico lo dicho por la Corte Suprema, porque el ex ministro de comunicaciones (sic) al ver las condiciones de periodista de MARIO ALFONSO ESCOBAR, optó por favorecerlo con aspectos que él tenía por la trayectoria en su profesión, siendo así como creó esos “nuevos criterios” que sin dudas serían la materialización del interés que tantas veces se ha mencionado, y los cuales surgen de todas aquellas situaciones que fueron reseñadas y que son el producto atentatorio contra la administración pública. Así las cosas solo nos queda decir que con todo lo dicho se estructura la certeza de la conducta punible y la responsabilidad en cabeza del hoy enjuiciado.

De otro lado y respecto al planteamiento de la defensa cuando señala que al no haber sido condenado a perjuicios al Doctor ARBOLEDA no hay delito; no es aceptable por cuanto la finalidad de la norma en desarrollo no pretende establecer necesariamente un perjuicio en contra de la administración, sino lo que verdaderamente persigue es el daño que se le causa en todas aquellas actividades que se desprenden de la función pública, derivadas de un interés particularizado, que valga decir se presenta en cualquier instante del desarrollo funcional estatal.

De la misma manera no se acepta el planteamiento de la defensa cuando arguye que las reuniones del club El Nogal no representaban nada antes del concepto del Procurador. Lo anterior dado que todo el manejo subterráneo que se suscitó en torno al proceso licitatorio se dio desde antes de dicho concepto, y aceptar lo manifestado por el defensor es desconocer todas las demás situaciones que se presentaron con motivo de la licitación, que a su vez nos encaminan a demostrar la responsabilidad del Doctor VILLAMIZAR cuando quiso interceder con su colega ARBOLEDA para la adjudicación de la emisora a ESCOBAR IZQUIERDO.

Ahora insistimos; todo este andamiaje a que nos hemos referido, se originó desde antes del viaje del ex ministro de minas (sic) a los Estados Unidos, es decir que se llevó a cabo cuando

el Doctor VILLAMIZAR se desempeñaba como ministro; pero aclarando que su actuación no fue en función de su cargo, sino como lo dice la Corte Suprema “Porque era la importante condición de Ministro, pero no la intervención ‘por razón de su cargo o de sus funciones’ descrita en el artículo 145 del Código Penal, lo que fortalecía la posibilidad de ser escuchado en forma condescendiente por su entonces colega”.

En un contexto distinto que inquieta al vocero IVAN CANCINO, y que se refiere a las grabaciones publicadas en la revista SEMANA y de las cuales hizo mención el representante del Ministerio Público, este despacho deja claro, al Doctor IVAN y a los demás sujetos procesales, que al momento de hacer las anteriores valoraciones para nada tuvo en cuenta la ya, bien censurada grabación publicada, por considerar que es vulneradora de los derechos fundamentales de quienes protagonizaron la misma, por ello no merece hacerse mayor pronunciamiento”.

1.6 Tanto el procesado como su defensor interpusieron y sustentaron oportunamente el recurso de apelación, con miras a la revocatoria de la decisión en subsidio de la declaración de nulidad parcial, también propuesta.

Los impugnantes fundaron el recurso i) en “la configuración de una situación de inimputabilidad en el incriminado, originada en la ingestión de los fármacos formulados como parte del tratamiento en la fase posterior a la intervención realizada el 1º de julio de tal año, que incluían componentes como los derivados del opio, cuyos efectos repercutieron incluso en el estado psíquico del paciente, de acuerdo con lo consignado en los conceptos que se allegó (sic) a la actuación, emitidos por especialistas”; ii) en el símil que se observa entre la conducta desplegada por el ex ministro Villamizar “con la conducta presuntamente realizada por el Ex Fiscal General de la Nación Dr. Alfonso Gómez Méndez, (...) que así como la simple recomendación que éste dio en calidad de particular para que una emisora de Chaparral (Tolima), fuera adjudicada a una persona que después vendería las acciones de la misma a un hermano de aquél no revistió carácter delictuoso, tampoco lo tuvo la “recomendación hecha por Villamizar Alvargonzález”; iii) en que “no puede calificarse de ilícita la simple recomendación”, dado que “no es lo mismo recomendar que determinar”; iv) en que una

interpretación correcta del tipo delictivo que permitió procesar al actor requiere “no sólo la existencia de un interés particular, sino que además, ese interés debe resultar violatorio de las normas contractuales”; v) en la “ausencia total y análisis de la prueba recaudada por la procuraduría (sic). Contradicción constitucional frente a la calidad de sujeto activo”; y vi) en que la calidad con la que el actor concurrió para la realización de la conducta no fue tenida en cuenta para dosificar la pena, como tampoco importó para el efecto la circunstancia de que para entonces el Doctor Villamizar ya no ostentaba la calidad de aforado.

El defensor hizo consistir la nulidad parcial de la actuación, que formula en su escrito de impugnación, i) en que “no podía el máximo rector de la Fiscalía manejar la instrucción e intervenir en la etapa de juzgamiento, así fuera mediante delegación a otra funcionaria, ya que el proceso ha debido ser adelantado por una persona ajena a los hechos y no comprometida en ellos (...) en la medida en que los dos realizaron una actuación similar, esto es, recomendar a otras personas interesadas en la licitación para la adjudicación de las frecuencias de radio”; ii) en que “por no haber realizado la conducta que se le imputa por razón del alto cargo gubernamental ejercido con ocasión de sus funciones (...) la Fiscalía debió adecuar el trámite de la investigación a fin de que prosiguiera con la misma y calificara el mérito sumarial el funcionario competente ya que no lo eran para esos fines el Fiscal General ni su delegada”; y iii) en que la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia comprometió la imparcialidad de la institución ante el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito en la etapa del juzgamiento, luego de haber tenido a su cargo la investigación⁶.

1.7 El 13 de septiembre de 2002, la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá resolvió i) negar la solicitud de nulidad parcial de la actuación, ii) reformar los puntos primero y séptimo de la parte resolutiva el fallo recurrido, en el sentido de “fijar en treinta y nueve (39) meses de prisión la pena privativa de la libertad impuesta al procesado Rodrigo Ignacio Villamizar Alvargonzález, iii) disponer que el sentenciado preste caución prendaria en cuantía de 20 salarios mínimos legales mensuales, “para efectos de garantizar las obligaciones atinentes a la prisión domiciliaria”; y iv) confirmar en los demás puntos el fallo apelado.

Para el efecto la Sala en cita se refirió en primer término a la solicitud de nulidad, en el sentido de recordar que el ordenamiento define supuestos de distinto orden que dan lugar a la separación de los funcionarios judiciales de los asuntos que les han sido confiados, con el propósito de garantizar imparcialidad, ya fuere por la manifestación directa del fallador, como por la solicitud de los sujetos vinculados a la actuación.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Respecto de la nulidad fundada en que la investigación no se adelantó por el funcionario competente, y que el mérito del sumario se calificó por quien no tenía que hacerlo, la Sala Penal del Tribunal accionada destacó que la normatividad entonces vigente facultaba al Fiscal General de la Nación para desplazar a cualquier fiscal delegado, así ocurriese “el efecto inevitable (...) de excluirse la segunda instancia”.

Afirmó también que “no se ve cómo la designación de la Fiscal Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia que había intervenido en la instrucción sumarial y en el trámite adelantado en la Alta Corporación, antes de decretarse la nulidad ampliamente comentada, pudo refluir en el quebrantamiento de derechos o garantías fundamentales”, habida cuenta que en la etapa del juicio el Fiscal actúa como un sujeto procesal más, sin poder de dirección, asumiendo el papel de presentar y defender los criterios esbozados por la entidad en la resolución calificatoria. Indica la providencia:

“ En el presente asunto, el Fiscal General de la Nación de esa época asumió desde un comienzo su conocimiento, ordenó investigación previa, decretó la apertura de instrucción, adelantó tal fase, a través de Delegadas, y calificó el mérito del sumario considerando, a su juicio, que la condición de aforado también se daba respecto del procesado Rodrigo Ignacio Villamizar Alvargonzález.

Ciertamente, no se produjo la declaración de impedimento por parte del alto funcionario, invocando alguna de las causales establecidas en el estatuto procesal, en virtud de lo cual quedaba expedito el camino para que alguno de los sujetos procesales lo recusara, si estimaba que se hallaba incursa en una de las situaciones referidas y, por ende, no constituía prenda de garantía e imparcialidad.

Nótese como tal facultad no fue ejercida por ninguno de los intervenientes en la actuación, produciéndose tan solo una suscinta mención de la situación ahora referida por el defensor recurrente, por parte del acusado y el profesional que velaba por su defensa técnica en ese entonces (folio 40, CO 6), pero tan sólo después de producida la resolución acusatoria.

Igualmente, adviértase cómo el abogado recurrente, que había asumido las riendas de la defensa técnica en la etapa del juicio, saca a relucir, con especial énfasis, la supuesta situación relacional del anterior Fiscal General, con los hechos materia de investigación, aspecto sobre el cual, por supuesto, a la Sala no le incumbe emitir juicios de valor.

En todo caso, aun teniendo por verídica, bajo un marco meramente hipotético, la afirmación de la defensa, en torno a la particular condición que frente al episodio materia de investigación presentaba el Fiscal General, por la situación fáctica esgrimida, se tendría que la ausencia de manifestación de su parte respecto a la misma no configuraría per se una irregularidad sustancial que trascienda a la afectación del debido proceso.

Más aún, no se vislumbra por ninguna parte que la actuación del Fiscal estuvo determinada por la prevalencia de un interés propio o ajeno, superponiéndolo a los pilares de la rectitud e imparcialidad.

(..)

Ciertamente, prima facie la competencia en razón del delito por el cual se acusó y condenó en primera instancia al implicado Rodrigo Villamizar recaía en los juzgados penales del circuito, al no tener la calidad de aforado, siendo por ello que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se separó del conocimiento del asunto, en cuanto hace a dicha persona, para que el juzgamiento lo adelantara un despacho judicial de la mentada especialidad.

Por tal razón, podría sostenerse, en principio, que la labor instructiva, una vez hizo dejación del alto cargo el procesado, y la calificación del sumario, eran del resorte de una fiscalía delegada ante los aludidos juzgados y no del Fiscal General de la Nación, como ocurrió.

Sin embargo, es preciso destacar que bajo el imperio de la normatividad procesal por entonces vigente era perfectamente válido –como lo es también ahora con el nuevo estatuto– que el Fiscal General asumiera directamente el conocimiento de los asuntos asignados a cualquiera de los fiscales delegados, para acometer la investigación y calificar y acusar a los infractores si a ello había lugar.

(...)

Obviamente, un efecto inevitable en esos eventos es el de excluirse la segunda instancia, por ser el Fiscal General el funcionario colocado en la cúspide a la organización jerárquica de la entidad, limitándose, por ende, la posibilidad de impugnar sus decisiones al recurso de reposición, tal como la norma en cuestión preveía.

Por consiguiente, es claro que al Fiscal General de la Nación no le era ajeno o prohibido el conocimiento de investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales y aun de los tribunales superiores y asignadas, por lo tanto, en cuanto a la instrucción y calificación, a las delegadas ante los respectivos despachos y organismos judiciales.

(..)

Por otra parte, no se ve cómo la designación de la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que había intervenido en la instrucción sumarial y en el trámite adelantado en la Alta Corporación, antes de decretarse la nulidad ampliamente comentada, pudo influir en el quebrantamiento de derechos o garantías fundamentales.

Si resultaba válido -como igualmente ocurre en la actualidad que los Fiscales Delegados ante la Corte investigaran, calificaran y acusaran directamente, desplazando a los fiscales delegados ante los tribunales y juzgados (ordinal 3 del artículo 123 del anterior C. de P. P.), es apenas lógico que también pudieran intervenir en la etapa del juicio en los respectivos asuntos, por delegación directa del Fiscal General de la Nación.

Ahora bien, la ley ha delimitado claramente la actuación de los fiscales en la etapa del juicio, dándoles el carácter de un sujeto procesal más, sin facultad o poder para dirigir el proceso y, mucho menos, para adoptar decisiones, de incumbencia exclusiva del juez singular o colegiado, según el caso.

De ahí que el hecho de haber intervenido en la investigación no inhabilita al fiscal para actuar en la etapa del juzgamiento. Por el contrario, le corresponde asumir en ella el papel

referido, siendo una de las proyecciones naturales de su misión la de expresar su posición jurídica frente al caso investigado, traduciéndose por vía general en la defensa del criterio esbozado por el ente que representa en la fase donde tuvo la dirección del proceso y profirió decisiones como las contenidas en la resolución calificatoria.

Bajo ese contexto, es erróneo catalogar de conducta grave y pleno y total vicio de prejuzgamiento la intervención de la aludida Fiscal en la etapa del juicio o fundamentar en ese hecho el desconocimiento de principios como los de legalidad, doble instancia, imparcialidad y autonomía e independencia judicial.

En lo concerniente con el mandato prohibitivo de ciertas conductas a los superiores en el orden imponer las decisiones o criterios que los funcionarios deben adoptar en sus providencias, a que, alude el defensor, debe decirse que en el caso sub examine no se da una relación de esa naturaleza entre el Juez y la Fiscal que intervino en una parte de la fase de juzgamiento, pues se trata de servidores pertenecientes a entidades diferentes.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El hecho de tratarse de una Fiscal Delegada ante un órgano judicial de mayor jerarquía al juez que conoció del proceso, no significa que detentara la calidad de superior respecto de éste.

Tampoco es dable afirmar, sin mayor fórmula de juicio, que al ser una Fiscal Delegaba que representaba al Fiscal General, implícitamente imponía su criterio sobre el del Juez del Circuito.

No se vislumbra por ninguna parte que el Juez al adoptar el fallo se abstuvo a lo planteado por la Delegada por temor reverencial, o por exigencia, determinación o consejo de ésta, o

por cualquier otra circunstancia que afectara su independencia e imparcialidad.”

Respecto de los planteamientos dirigidos a controvertir el fondo de la decisión, el Ad Quem accionado consideró inobjetable que a tiempo de los hechos el entonces Ministro de Minas y Energía “gozaba de plenas facultades en los ámbitos intelectivo y volitivo, siendo muestra incontrovertible de ello el desempeño de uno de los más altos cargos en la administración central de la Nación”, señala la decisión:

“No se desconoce la naturaleza de la enfermedad que afectaba al sindicado y las incidencias que en el plano anímico de la persona suele acarrear, como tampoco que la ingestión de medicamentos, en razón de sus componentes, produce efectos secundarios y adversos, como depresión y los estados a los que se refiere el documento obrante a folio 62 del c. o. No. 7, expedido por el médico Jorge Isaac Bejarano, que se ordenó tener como prueba por el Juzgado en auto de agosto 17 de 1999 (el que milita a folios 40 y siguientes del mismo cuaderno fue desestimado).

Sin embargo, por ninguna parte se dice que como consecuencia del consumo de los medicamentos, y en general del tratamiento seguido en la fase post operatoria, fatalmente se vieron anuladas las esferas perceptiva, intelectiva y volitiva del implicado, al punto de no poder distinguir entre lo malo y lo bueno, lo correcto y lo incorrecto, y en fin, discernir sobre el alcance de sus actos, o de determinarse conforme a esa comprensión.

Por lo demás, en ninguna parte de la providencia recurrida se toma el dictamen de Medicina Legal, tan cuestionado por el impugnante , como soporte de la imputabilidad del procesado, dejándose en claro que el hecho de haber viajado a los Estados Unidos en el mes de julio de 1997 con el objeto de someterse a tratamiento médico y su estado de salud, no entorpecieron su capacidad para obrar como determinador del delito contra la administración pública.

Como demostración fehaciente de lo anterior, se ha resaltado el contacto que con el Ministro de Comunicaciones se siguió dando, a pesar de la distancia, conforme se desprende de elementos de prueba allegados al informativo, en particular los testimonios de Elizabeth Marroquín y Fabiola Gómez, ambas subalternas del doctor Villamizar Alvargonzález, al igual que de algunas aseveraciones hechas por éste en la versión rendida ante la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, de las cuales es dable colegir que el sindicado sí “tenía la capacidad para entender lo que estaba aconteciendo, al punto que velaba por el ‘interés’ estatal, como quien dice era una persona que a diferencia como lo señalan la defensa y el vocero, sí podía determinar al ex ministro de comunicaciones (sic) para la posterior adjudicación.

Algo más contundente aún, en las conversaciones sostenidas entre los dos Ministros, después de ser intervenido quirúrgicamente el doctor Villamizar Alvargonzález, trataron el tema relacionado con el caso del proponente Mario Alfonso Escobar.

Esto último, que quede muy en claro, se puntualiza con fundamento en lo afirmado por el propio implicado y de ninguna manera en función de la grabación revelada por la revista Semana y otros medios de comunicación del país, que constituyó piedra de escándalo, la que como medio de prueba se descarta, como igualmente la excluyeron de análisis la Fiscalía y el Juzgado de instancia, por la razón ampliamente conocida, (obtención ilegal), que la hace nula de pleno derecho, atendiendo perentorio mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política.

De tal suerte, conforme a las razones plasmadas, surge como conclusión incontestable la carencia de fundamento de la pretensión de la defensa en lo tocante con el punto examinado”.

Se detuvo además la Sala Penal del Tribunal accionada en lo impertinente que resulta

controvertir una sentencia judicial, a partir de equipar la conducta del procesado con la atribuida a una persona, “respecto de la cual no le incumbe al Tribunal emitir juicios de valor por no ser materia del proceso”, como se desprende del siguiente aparte de la decisión:

“El impugnante sugiere, haciendo un símil de la conducta atribuida a su patrocinado con la presuntamente realizada por el Ex Fiscal General de la Nación, Dr. Alfonso Gómez Méndez, aludida en precedencia, que así como la simple recomendación que éste dio en calidad de particular para que una emisora de Chaparral (Tolima) fuera adjudicada a una persona que después vendería las acciones de la misma al hermano de aquél, no revistió carácter delictuoso, tampoco lo tuvo la recomendación hecha por Villamizar Alvargonzález.

Sobre el particular, debe hacer claridad la Sala en que la configuración material del hecho punible y la responsabilidad del acusado Rodrigo Ignacio Villamizar Alvargonzález no pueden determinarse a partir de la equiparación con la conducta que el defensor le atribuye al Ex Fiscal General de la Nación, respecto de la cual no le incumbe al Tribunal emitir juicios de valor por no ser materia del proceso.

Indefectiblemente, en acatamiento de principios como el de la legalidad de la prueba y el debido proceso, el análisis de rigor, en la perspectiva de determinar la legalidad de la providencia recurrida, en cuanto a los puntos materia de diseño concierne, se debe verificar sobre los elementos probatorios lícitamente producidos y allegados a la presente actuación”.

Reiteró la Sala en cita que para estructurar el tipo delictivo, por el que se procesó al actor, “basta con (...) la inclinación marcada hacia una de las propuestas presentadas, sin que se supedite, la estructuración del delito al ánimo de lograr un provecho de carácter económico o ilícito”, expuso el Tribunal:

"Por otra parte, es indudable que al catalogar el incriminado y su defensor de simple recomendación, que no trasciende a la esfera del derecho penal, la intervención del primero en relación con la aspiración del proponente Mario Alfonso Escobar de que se le adjudicara una de las frecuencias radiales en F.M. de la ciudad de Cali, pretenden minimizar la conducta que frente a tal asalto se le atribuye al doctor Villamizar Alvargonzález.

Y es que, tal como lo tienen definido la doctrina y la jurisprudencia, para la configuración del hecho punible por el que se procede basta con la simple expresión del interés del servidor estatal que interviene en el proceso de contratación, entendido en este caso como la inclinación marcada hacia una de las propuestas presentadas, sin que se supedite, la estructuración del delito al ánimo de lograr un provecho de carácter económico o ilícito.

Lo ilegítimo se predica es del interés denotado por el servidor público porque con él se contravienen los principios que forzosamente debe observar en el proceso de contratación estatal, no sólo los previstos en el régimen especial regulador de la materia sino también los de estirpe constitucional (artículos 209 de la Constitución Nacional, 23 de la Ley 80 de 1993 y 3º del Código Contencioso Administrativo), y que, de acuerdo con la jurisprudencia, se deben entender incorporados implícitamente a los tipos penales protectores de ese bien jurídico.

(..)

Aunque el defensor indica que la conducta de su mandante, referida al artículo 145 del Código Penal, es atípica, por cuanto la Fiscalía es contradictoria en el pliego de cargos al atribuirle por una parte ese interés pero decir que no se buscaba ningún provecho irregular, de donde concluye que no existió la ilicitud imputada, debe advertirse, según el Acta No. 82 de la Comisión Redactora del Código Penal de 1980, donde se analizó lo atinente al actual

artículo 145, que si bien se adicionó el 167 del anterior estatuto, que únicamente contemplaba la ilicitud para “El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”, y ahora se amplió el ámbito a “provecho propio o de un tercero”, en ninguna parte se hizo referencia a que ese provecho o utilidad como tal, sean de carácter económico, ni ilícitos, connotación ésta que sólo se aplica al interés aludido” (Sentencia de Septiembre 27 de 2000, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Bajo ese panorama, lo aducido por los apelantes corresponde a una apreciación particular de la cual disiente la Sala, en la medida en que, tal como se ha expresado en los diversos pronunciamientos judiciales, el comportamiento del incriminando tuvo una connotación de mayor entidad a la planteada aquéllos, en cuanto resultó decisiva y determinante para que el entonces Ministro de Comunicaciones Saulo Arboleda, se interesara en la suerte de la persona “recomendada”, en contravía de los postulados constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal, entre otros los de transparencia, objetividad y selección objetiva, que no por haberse acudido en últimas a la modalidad de contratación directa podían excluirse, desembocando en el favorecimiento del periodista Escobar al acogerse su propuesta y adjudicársele una de las emisoras de la capital vallecaucana.

Adjudicación que no sería susceptible de reproche si no fuera porque mediaron factores anormales, referidos a la forma como el Ministro de Comunicaciones asumió, en el caso específico de la adjudicación de una de las frecuencias radiales para la referida ciudad, la tarea de dirimir el empate que subsistía entre varias de las propuestas, después de realizarse los estudios y evaluaciones de rigor por parte de la comisión respectiva y la aplicaciones de los criterios de desempate que se dispuso mantener, contemplados en la licitación los otros dos, esto es, el de programación y el sorteo con balotas, fueron desechados con base en la recomendación de la Procuraduría General de la Nación), terminando por asignarla a Mario Alfonso Escobar.

Además la Sala Penal del Tribunal accionada recordó la relación existente entre los principios y valores constitucionales y legales, las normas que informan la contratación estatal y tipos penales vinculados a la misma, a la vez que explicó su convicción sobre el carácter decisivo y vinculante de la actividad desplegada por el actor, para interesar al entonces Ministro de Comunicaciones en la suerte de la persona que el mismo recomendaba, “en contravía de los postulados constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal, entre otros los de transparencia, objetividad y selección objetiva, que no por haberse acudido en últimas a la modalidad de contratación directa podían excluirse, desembocando en el favorecimiento del periodista Escobar al acogerse su propuesta y adjudicársele una de las emisoras de la capital vallecaucana”, señala la providencia:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Si la Constitución establece los principios reseñados y si el C. C. A. y la Ley 80 de 1993 los reitera e incrusta dentro de todo lo relacionado con el proceso de contratación, es obvio que los encargados de ello deben hacerlo con sujeción absoluta y franca a tales axiomas, y que estos se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal. Afirmar lo contrario, es decir, pretender prescindir de ellos, haría pensar en la banalidad y vacuidad de la Carta Política y en el aislamiento de las diversas áreas que componen el ordenamiento jurídico. (Sentencia de diciembre 19 de 2000, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón).

Y al analizar el interés al que se refiere el tipo seleccionado en la resolución de acusación, ha puntualizado la Alta Corporación:

El interés previsto por el aludido artículo 145, no ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia,

igualdad de oportunidades y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones, elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito en estudio”.

En respuesta a los planteamientos de la defensa, sobre la indebida valoración probatoria, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá destacó los contactos, inclusive de carácter personal, establecidos en el plenario “indudablemente impulsados por la aspiración férrea del periodista a quedarse con una de las emisoras de la capital vallecaucana agotando todos los recursos”, valiéndose para el efecto “de su amigo Ministro, aprovechando el alto cargo que detentaba y su inmejorable posición para interceder ante su colega de gabinete”, con fundamento, prima facie, en lo afirmado por el propio implicado. Señaló el Ad quem:

“(...) en primer término, se deja de tener en cuenta que la conducta endilgada al incriminado estuvo caracterizada por una sucesión de actividades cuyo inicio se dio desde mucho antes del acto de adjudicación de las emisoras y, más importante aún, cuando se hallaba éste en ejercicio de sus funciones como Ministro de Estado, acuerdo exteriorizándose a través de una serie de contactos de acuerdo con el registro secuencial plasmado en la resolución acusatoria, deducible de los diversos elementos probatorios allegados al plenario.

En efecto, se ha anotado con toda claridad cómo la intervención del doctor Villamizar se empezó a dar una vez lo contactó Mario Alfonso Escobar para comentarle su participación en la licitación 001 de 1997, transmitirle su preocupación por conocer los puntajes y, posteriormente, la inquietud que le causaba la suerte que correría su propuesta, especialmente ante la eventualidad de quedar equiparada en cuanto a la calificación con las de otros proponentes, y el azar que representaría la definición a través del mecanismo de balotas, último recurso al que se apelaría en caso de que los criterios inmediatamente precedentes no resultaran suficientes para dirimir los empates.

Con posterioridad, tal como quedó suficientemente establecido, se siguieron presentando otros contactos entre ellos, inclusive de carácter personal, indudablemente impulsados por la aspiración férrea del periodista a quedarse con una de las emisoras de la capital vallecaucana agotando todos los recursos para ello y nada mejor en pos de ese objetivo que valerse de su amigo Ministro, aprovechando el alto cargo que detentaba y su inmejorable posición para interceder ante su colega de gabinete, el Ministro Comunicaciones, llegando a pedirle a Villamizar que " ...le transmitiera al Ministro ARBOLEDA que supiera que él como otros allá en Cali estaba dispuesto a hacer alianzas con tal que no lo dejaran por fuera", conforme se resaltó en la resolución de acusación.

Salta a la vista, de afirmaciones como esa, que fueron reveladas por el propio sindicado, el inquebrantable propósito de Escobar de llegar a las altas instancias, para quedarse con la emisora, a como diera lugar, a lo cual no mostró una actitud de indiferencia o rechazo el implicado, pues, tal como lo sostuvo, abordó con el Ministro Arboleda el caso de la licitación, por entonces en curso, y la situación particular del mentado periodista.

Es incuestionable, así, que cuando se trató tal asalto entre los dos altos funcionarios, se empezó a dar la actividad del acá procesado, desde la perspectiva que apuntaba de su parte, como él lo había asumido personalmente, a que su colega se interesara por la suerte de Escobar y, en el momento que pudiera hacerlo, le echara una manito, como se dice en el argot popular, a fin de que se le favoreciera en la selección de la propuesta.

Es inobjetable que al proceder el inculpado en la forma señalada gozaba de plenas facultades en los ámbitos intelectivo y volitivo, siendo muestra incontrovertible de ello el desempeño de uno de los más altos cargos en la administración central de la Nación.

Como demostración fehaciente de lo anterior, se ha resaltado el contacto que con el Ministro de Comunicaciones se siguió dando, a pesar de la distancia, conforme se desprende de elementos de prueba allegados al informativo, en particular los testimonios de Elizabeth

Marroquín y Fabiola Gómez, ambas subalternas del doctor Villamizar Alvargonzález, al igual que de algunas aseveraciones hechas por éste en la versión rendida ante la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, de las cuales es dable colegir que el sindicado sí “tenía la capacidad para entender lo que estaba aconteciendo, al punto que velaba por el ‘interés’ estatal, como quien dice era una persona que a diferencia como lo señalan la defensa y el vocero, sí podía; determinar al ex ministro de comunicaciones (sic) para la posterior adjudicación.

Algo más contundente aún, en las conversaciones sostenidas entre los dos Ministros, después de ser intervenido quirúrgicamente el doctor Villamizar Alvargonzález, trataron el tema relacionado con el caso del proponente Mario Alfonso Escobar.

Esto último, que quede muy en claro, se puntuiza con fundamento en lo afirmado por el propio implicado y de ninguna manera en función de la grabación revelada por la revista Semana y otros medios de comunicación del país, que constituyó piedra de escándalo, la que como medio de prueba se descarta, como igualmente la excluyeron de análisis la Fiscalía y el Juzgado de instancia, por la razón ampliamente conocida, (obtención ilegal), que la hace nula de pleno derecho, atendiendo perentorio mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política”.

Se refirió también la Sala Penal del Tribunal accionada a los planteamientos de la defensa relativos a las contradicciones en que habría incurrido el fallador de primera instancia, como también a las deficiencias técnicas que denota el recaudo del material probatorio por parte de la Fiscalía, sostuvo el Ad quem:

“d) Otro acápite del escrito de sustentación lo enuncia el defensor bajo el título de “ausencia total y análisis de la prueba recaudada por la Procuraduría. Contradicción constitucional frente a la calidad de sujeto activo”.

Al desarrollar el punto, refiriéndose a la grabación contentiva de la conversación sostenida entre su prohijado con el entonces Ministro de Comunicaciones, revelada por una conocida Revista semanal, anota que en cuanto a su contenido difiere la que obra en la Procuraduría respecto de la allegada a este proceso, hecho por el cual se formuló denuncia penal para que se investigara la presunta comisión de un hecho punible contra la fe pública “ que ha quebrantado los derechos procesales y los derechos humanos del Doctor VILLAMIZAR”.

Según el defensor, del contenido de la conversación registrada en las grabaciones, se colige, de todas maneras, que las insinuaciones y por ende la determinación provinieron del Dr. Saulo Arboleda hacia el Ex ministro Villamizar (sic), y no al contrario, “para que convenza de la forma de adjudicación a una tercera persona”, aspecto no valorado por el Juzgado.

En ese orden de ideas, agrega, “se le dio a una prueba el valor que no tenía, se hizo un sofisma de distracción al no tener en cuenta las grabaciones pero sí el contenido de las mismas, pero no se sabe si fue el contenido de la grabación de la procuraduría o si fue la versión de la Fiscalía”, por lo que, a su juicio, se quebrantaron el debido proceso y las normas sobre valoración de pruebas”.

Frente a los planteamientos anteriores, la Sala advierte con especial énfasis que en ningún momento se ha tomado en cuenta el contenido de la grabación revelada por la revista Semana y otros medios de comunicación como sustento de la configuración material de la conducta punible endilgada y la responsabilidad del acusado, por la razón atrás anotada, esto es, por constituir un medio de prueba ilícitamente obtenido y que, por ello, debe desecharse por imperativo mandato constitucional y legal.

De tal suerte, por cuanto el análisis de los mencionados argumentos del apelante involucraría forzosamente la consideración de dicha grabación, que como medio de prueba no se ajusta a los presupuestos de validez exigidos por la ley, ningún pronunciamiento cabe hacer al

respecto.

e) Haciendo referencia el defensor a las libretas de anotaciones de las Secretarías del Dr. Villamizar cuando desempeñaba el cargo de Ministro de Minas, consigna que ciertamente de su contenido es dable deducir que el sindicado “se encontró una vez con quien resultó favorecido yo que hubo varias reuniones entre dos ministros”, algo que no debe extrañar porque detentaban cargos similares y hacían parte del mismo gobierno, pero en cambio sí sorprende que el juez “no haya hecho un análisis de cómo el suscrito defensor en la audiencia declarada nula y en la audiencia de primera instancia entregó en cada una de ellas una libreta, lo que significa una “falla de la policía técnica”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Además, según anota, no dijo el juez. que de dichas libretas se habían tomado datos parciales, todo lo cual representa “un análisis incompleto de la prueba y una forma irregular de analizar su contenido”.

Las observaciones que hace el defensor apelante no revisten mayor trascendencia, pues no solamente se ha deducido con plena convicción el continuo contacto entre los dos Ex Ministros inculpados, personalmente o a través de otros medios de intercomunicación, y el que sostuvo con ellos -primordialmente con el enjuiciado Villamizar Alvargonzález- el periodista Mario Alfonso Escobar, de las libretas de anotaciones recogidas en inspección judicial, sino también a partir de las declaraciones rendidas por las Secretarías encargadas de llevarlas, quienes explicaron el alcance de las notas allí registradas.

Más aún, la ocurrencia de tales encuentros y contactos se vio afianzada por las versiones que los propios implicados, quienes, por si fuera poco, admitieron haber tratado en varias de esas ocasiones el tema relacionado con la licitación de las emisoras y la aspiración de Mario Alfonso Escobar para que le fuera adjudicada una de las de Cali.

En ese orden de ideas, no se ve qué influjo adverso a los mentados elementos de juicio pueda representar el allegamiento de las nuevas libretas a las que hace mención el defensor.

De esta manera, al no resultar atendibles los fundamentos expuestos por los impugnantes en apoyo de su pretensión principal, enderezada a la revocatoria de la condena interpuesta por el a quo contra el procesado, debe ser denegada y, por ende, confirmada la decisión del Juzgado".

Para concluir la Sala en cita se detuvo en la pena que le fue impuesta al actor y concluyó que, como lo planteaba la defensa, en la sentencia se incurrió en un error en cuanto a su dosificación que se debía corregir; no obstante descartó los argumentos del recurrente relativos a la indebida agravación punitiva, como quiera que la circunstancia de agravación emerge de la posición social del actor a tiempo de infringir la ley penal. Señaló la Sala:

"(..) siendo una verdad inconcusa que el procesado ostentaba para la época de los hechos una altísima dignidad, en la medida en que se desempeñaba como Ministro de Estado en la cartera de Minas, refulge con nitidez la estructuración de la causal genérica de agravación punitiva referida, de modo que, a la par con el acierto del Juzgado al aplicarla, deviene infundada la objeción al respecto planteada por el incriminado.

En cambio, les asiste razón a los apelantes al mostrar su inconformidad por haberse dado aplicación diminuente punitiva contemplada en el artículo 30, inciso 4º, del actual C. P., cuya observancia resulta imperativa en atención al principio constitucional de favorabilidad.

Ciertamente, al no concurrir en el sindicado, en calidad de interviniente (a título de determinador) del hecho punible contra la administración pública por el que se le condena la calidad especial que exige el tipo penal para el sujeto agente, tiene derecho a la rebaja de la pena allí señalada.

(..)

Por lo tanto, debe ser atendida la observación que dentro de un ámbito de subsidiariedad formularon los impugnantes, de manera que al guarismo de la pena privativa de la libertad señalado por el Juzgado de instancia se le debe restar la cuarta parte, equivalente a trece (13) meses, quedando, por consiguiente, en treinta y nueve (39) meses de prisión.

En tales términos, se reformará el punto primero de la parte resolutiva del fallo impugnado”.

1.8 El procesado y su defensor interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación contra la sentencia ya reseñada, fundados en irregularidades que comportan la violación del debido proceso y el quebrantamiento “de disposiciones de derecho sustancial a consecuencia de errores en la apreciación probatoria”.

Afirmaron que el Fiscal General de la Nación i) asumió sin competencia la fase de instrucción y calificó el mérito del sumario, pretermitiendo la doble instancia a que tenía derecho el actor, sin justificación alguna, en cuanto no emitió el acto administrativo señalando las razones del desplazamiento; e ii) hizo uso de un poder delegatorio, “exclusivo de los procesos contra funcionarios amparados con fuero constitucional”, en cuanto “comisionó a la doctora Nubia Herrera Ariza para participar en la etapa del juicio ante la Corte Suprema de

Justicia”.

Según el análisis de los actuantes en Casación, las irregularidades antes referidas habían sido para entonces aceptadas por la Sala de Casación accionada, quien, advertida su falta de competencia, decretó una nulidad parcial, cuando lo que correspondía era remitir la actuación al Juez competente para que tomase las decisiones pertinentes; porque pretermite el derecho de defensa el juez de única instancia que se declara incompetente y así mismo declara la nulidad, contraviniendo “el principio constitucional estatutario y legal de la doble instancia”.

Con base en lo expuesto “solicita de la Corte casar la sentencia materia de impugnación, decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución del 21 de noviembre de 1997 por medio de la cual el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura formal de la investigación contra el Doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZÁLEZ, y ordenar la remisión del expediente a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, para que proceda a la asignación de un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá que conozca en primera instancia, “salvo que el señor Fiscal General de la Nación o la Dirección Nacional de Fiscalías disponga la designación de un Fiscal Especial que actúe también como funcionario de primera instancia”.

En subsidio de la declaratoria de nulidad, el recurrente pretendió que la Sala de Casación accionada desconociera la sentencia “como consecuencia de error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas”.

Para fundamentar su pretensión destacó que “no existe disposición legal o constitucional alguna que prohíba a un particular abogar ante un servidor público en una causa administrativa a favor de otro particular, siempre que no se valga de las exigencias de comportamiento dentro las cuales le es viable moverse. A nadie le está prohibido concurrir

ante un funcionario administrativo para que estime la posibilidad de elegir un contratista en particular, como sí lo está el que un funcionario público valiéndose de su investidura recurra a otro para indicarle el sentido de sus decisiones, como que ninguna disposición le autoriza tal proceder”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Anotó igualmente que para fundamentar un juicio de responsabilidad por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, la conducta tiene que tener la entidad suficiente para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico tutelado de la administración pública, además de tratarse de un acto intrínsecamente inaceptable.

En este orden de ideas sostuvo que el Ad Quem “tergiversó el hecho que revelaba la prueba otorgándole un alcance del cual carece” i) como quiera que en versión libre el doctor Villamizar Alvargonzáles reconoció que Mario Alfonso Escobar lo llamó para comentarle sobre su interés como proponente en la licitación, al igual que su homólogo de Comunicaciones le comunicó sobre las dificultades surgidas en la adjudicación de las licencias; y ii) de las agendas se infiere “un encuentro entre los ministros en el Club El Nogal (10 de junio); citación entre el Dr. RODRIGO VILLAMIZAR, ALFONSO ESCOBAR y RAFAEL ARAÚJO (11 de junio); y una cita entre los Ministros (24 de Junio)”, de donde concluir “la determinación es tergiversar la prueba”.

Agregó el recurrente que tampoco la conversación sostenida con la periodista Lucia Madriñán permite inferir un acto delictivo, ni atribuir al actor un papel preponderante en la adjudicación de las licencias, como quiera “que el Dr. Villamizar le dijo que si no tenía buen puntaje no había nada que hacer”, sin haber mencionado lo que se quiere deducir, esto es “que en caso de buen puntaje él va a interceder para que se le adjudique”.

En igual sentido anotó que lo dicho por Elizabeth Marroquín y Fabiola Gómez acredita los encuentros que se dieron entre los ex Ministros, y que de la declaración de esta última se

podría sostener “que tenía mucho interés de hablarle sobre la licitación”, sin que ello dé lugar a suponer, de cada uno de los testimonios o de los dos en conjunto, “que el contenido de la recomendación del Dr. RODRIGO VILLAMIZAR al Ministro SAULO ARBOLEDA a favor de MARIO ALFONSO ESCOBAR sea un acto de determinación”.

Así pudo concluir que “de no haberse consolidado el error de hecho denunciado, la sentencia recurrida ha debido reconocer la inexistencia de elemento de juicio que le permitiese predicar el grado de certeza hábil para proferir sentencia condenatoria como determinador, del hecho punible de interés ilícito en la celebración de contratos, debiéndose aplicar el principio rector de la presunción de inocencia”; y añadió que como la sentencia soslayó la situación real arribó a la conclusión “de aptitud antijurídica en el acto del Doctor VILLAMIZAR para determinar a su homólogo de Comunicaciones, a incurrir en comportamiento punible”.

Sostuvo el recurrente que efectivamente el actor trató el tema de la adjudicación de las propuestas con el ex Ministro Arboleda Gómez y no se puede negar que puso de presente la posibilidad de que su amigo Escobar fuese elegido; pero lo dicho “por sí solo no contraría el comportamiento que constitucional o legalmente deben observar las personas en Colombia, puesto que tal proceder tiene que analizarse desde el punto de vista del artículo 95 de la Carta Política, y en manera alguna de la segunda hipótesis del 6º o 127 Ib. en cuanto la actuación del Dr. VILLAMIZAR ninguna relación mantuvo con sus funciones de Ministro”.

1.9 El Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia intervino para solicitar que se desatiendan las pretensiones del recurrente.

Para el efecto sostuvo i) que el Fiscal General de la Nación actuó en el sumario adelantado contra el doctor Villamizar directamente, en ejercicio de la cláusula general de competencia que así lo prevé, y que no interesa para el efecto que la Fiscal Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia haya actuado en la etapa del juicio sin acto que así lo disponga, porque

esta omisión, por si sola, no basta para soslayar el ejercicio de la facultad del ente investigador, a la luz de las sentencias C-472 de 1994 y C-037 de 1996 de esta Corporación; y ii) que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia podía decretar la nulidad de lo actuado y remitir el expediente a los jueces competentes, habida cuenta que previamente dispuso la ruptura de la unidad procesal, de donde “por exigencia legal debe decretarse la nulidad parcial de la actuación sin que haya otra vía procesal para que esa ruptura opere ajustada a la ley”.

Afirmó también que la censura fundada en la valoración probatoria no podía prosperar en la forma planteada, sino que “ha debido proponerse al amparo del error de hecho por falso raciocinio y no de identidad”.

1.10 El Procurador Tercero Delegado, por su parte, solicitó a la Sala de Casación accionada desatender las pretensiones de la defensa i) dado que “el Fiscal General de la Nación tiene el poder de investigar todos los delitos y acusar a todos los infractores”; ii) toda vez que la delegación “no priva de su competencia a quien puede delegarla, sino que apenas traslada algunas funciones a quien es delegado y, por consecuencia, las reglas de distribución del trabajo en la Fiscalía General de la Nación no son normas de competencia”; iii) como quiera que a la luz de las disposiciones que le asignan competencia resulta “intrascendente que el Fiscal General de la Nación haya adelantado la investigación y acusado al procesado Villamizar bajo el convencimiento de que éste se hallaba amparado con fuero constitucional de juzgamiento”; iv) habida cuenta que la garantía constitucional del debido proceso comporta el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de donde se sigue que la etapa de instrucción y la calificación del mérito de la investigación pueden adelantarse en única instancia; y v) en razón de que así se tenga establecido que la nulidad por falta de competencia es asunto del funcionario a quien le correspondía asumir la actuación “el caso a que se refiere la demanda (...) tiene una regla especial fundada en la lógica del procedimiento”.

Para concluir puso de presente que el recurrente “no sustenta una impugnación por error de hecho por falso juicio de identidad, como la que se formuló”.

1.11 Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2003, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia recurrida.

Recordó que la competencia general originaria para investigar y acusar a los infractores de la ley penal radica en el Fiscal General de la Nación, sin que la circunstancia de que sus providencias no puedan ser impugnadas signifique la vulneración de algún derecho fundamental, en cuanto la garantía constitucional de la doble instancia solo se predica de las sentencias condenatorias.

Respecto del cargo sustentado en la incompetencia de esa Sala para declarar la nulidad parcial de lo actuado sin competencia y enviar el asunto a quien sí podía conocer, privando al actor del derecho a la segunda instancia, la Sala de Casación accionada sostuvo que el asunto no tiene irrelevancia, además de que se adoptó “en el curso de la audiencia pública en presencia de todos los sujetos procesales, y se notificó en estrados sin que ninguna de las partes, ni siquiera la que ahora reclama la ilegalidad protestara por su adopción”.

Para concluir, desestimó el cargo por indebida valoración probatoria, como quiera que la censura no habría puesto en evidencia la discrepancia entre los hechos probados y aquellos transcedentes en la decisión, en que fundó su cargó. Señala la providencia:

“Esta labor en manera alguna es desarrollada por el casacionista. En su lugar, afirma que del contenido de la versión libre del doctor Rodrigo Villamizar Alvarganzález, la agenda de actividades, y las declaraciones de Lucía Madriñán Saa, Elizabeth Marroquín y Fabiola Gómez,

no puede inferirse, como lo hacen los juzgadores, que el procesado haya ejecutado actos de determinación, planteamiento que involucra, no un ataque a la apreciación material del contenido de la prueba, como fue anunciado, sino a las inferencias lógicas de los juzgadores.

Esto, en técnica casacional, imponía plantear, no un error de hecho por falso juicio de identidad, sino uno de raciocinio, y demostrar que los juzgadores, en el proceso de obtención de las conclusiones lógicas de contenido probatorio, desconocieron de manera de manera manifiesta los principios de la lógica, las máximas de experiencia, o los postulados de la ciencia, ejercicio que tampoco se esfuerza en llevar al cabo el demandante.

Se desestima la censura⁷".

2. La demanda

El doctor Rodrigo Ignacio Villamizar González, por intermedio de apoderado, interpone acción de tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, por violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Refiere que su demanda fue interpuesta primeramente ante la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia y que debido a la decisión de ésta de archivar el asunto sin actuación, "se presenta ante el H. Consejo Seccional de la Judicatura, con base en el auto de fecha 3 de enero de 2004", dictado por esta Corte.

Relata los hechos que reseñan los antecedentes, se refiere a la jurisprudencia de esta

Corporación sobre la procedencia de la acción de tutela en materia de decisiones judiciales y concluye que “hubo protuberantes irregularidades procesales constitutivas de vías de hecho, que el sindicado estuvo materialmente indefenso frente a numerosas arbitrariedades en la investigación y el juzgamiento; y que, en vez de haberse partido de su inocencia –como ha debido ocurrir en virtud de la presunción constitucional – se presumió su culpabilidad y se hizo todo lo posible para encadenar sucesos que en realidad no configuraban conducta punible alguna con el objeto de construir los cargos en su contra y deducir su responsabilidad penal”.

Destaca que así el Fiscal y los jueces se empeñen en sostener que dada su ilicitud la grabación que dio lugar a investigación no se tuvo en cuenta, lo cierto es que el proceso “estuvo signado y prácticamente definido” por la “conversación telefónica entablada entre Villamizar y el entonces Ministro de Comunicaciones Saulo Arboleda”, y la condena precedida por la conciencia anticipada de culpabilidad de los mismos, ampliamente difundida por los medios de comunicación.

Con el fin de dilucidar si las actuaciones y decisiones judiciales que precedieron a la condena del actor respetaron sus garantías constitucionales, diserta sobre éstas y se detiene en su desarrollo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia constitucional, para concluir que los derechos del actor deben ser restablecidos:

-Porque a la luz del ordenamiento constitucional no resulta posible desvirtuar la presunción de inocencia abandonando “el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad penal –que es el proclamado por la Constitución–” y así concluir en “una responsabilidad objetiva, ligada a hechos que se estimaron de suyo ilícitos sin serlo”.

-Debido a que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia a la par que

reconocía “no ser la competente para juzgar a Villamizar”, declaraba la nulidad parcial del proceso, incurriendo en una nueva irregularidad, cuando lo indicado tenía que ver con enviar el asunto al juzgado o tribunal competente, y “retrotraer el trámite al comienzo de dicha actuación”.

-A causa de que el “Dr. Villamizar (...) tuvo siempre en contra a la Fiscal delegada en las dos etapas de su curioso proceso, es decir antes y después de la nulidad decretada por la Corte Suprema de Justicia”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-En razón de que “no hubo acto formal de desplazamiento en cuya virtud hubiese conocido un Fiscal en primera instancia, distinto de la Fiscal que había actuado en el proceso, cuando se reconocía el fuero del Dr. Villamizar. De modo que simple y llanamente se privó a Rodrigo Villamizar de la segunda instancia. Frente a la decisión adoptada por la Fiscal no pudo apelar. Si hubiese conocido el Fiscal Seccional habría tenido segunda instancia”.

-Porque “varias pruebas que resultaban esenciales a favor del Dr. Villamizar no fueron consideradas, y en cambio fueron admitidas otras, y también fueron desoídos los argumentos del defensor, en cuanto tal irregularidad”.

-Debido a que de la sola lectura de las sentencias de primera y de segunda instancia se puede concluir, “que la culpabilidad del sindicado se deduce -pese a lo dicho expresamente por el Juez de primera instancia- no de hechos contundentes y probados que acrediten el carácter determinante de su incidencia en la celebración del contrato ni en el nexo con el interés ilícito, sino a partir de meras conjeturas o suposiciones acerca del significado de la que se presume entrañable amistad entre Villamizar y el periodista Escobar y de la existente entre los dos Ministros; de su relación en las reuniones del CONPES; de lo consignado en sus agendas y en sus llamadas telefónicas, sin existir el más mínimo elemento que permitiera aseverar objetivamente cuál fue en realidad el tema de tales conversaciones y contactos son

tenidas como encaminadas con certeza y únicamente a la comisión de un delito". Esto sin inferencia lógica alguna.

Para concluir pone de presente que la premura en resolver el recurso de casación -el viernes 7 de noviembre de 2003 regresó el asunto de Procuraduría, el lunes 10 se registró el proyecto de sentencia y el 11 de noviembre se profirió el fallo-, "podría hacer pensar" que no hubo tiempo de estudiar el expediente, tampoco la demanda y de ninguna manera el concepto de la Procuraduría.

3. Intervención Pasiva

3.1 Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, afirma que en el sumario que adelantó la entidad contra el doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález "no le vulneró sus derechos fundamentales, pues no incurrió en arbitrariedad alguna de la cual se derive incursión en vías de hecho".

Sostiene que contrario a lo afirmado por el actor el ente investigador no le impuso al procesado la carga de demostrar su inocencia y le respetó su derecho a la defensa.

Fundamenta lo dicho i) en que en el expediente obra el acopio probatorio recaudado tanto por iniciativa de la entidad, desde el inicio de la investigación preliminar, como por la actividad desarrollada por los sujetos procesales, "siendo éstos elementos de juicio los que fueron tenidos en cuenta (...) por el entonces Fiscal General de la Nación (e) para definir, una vez escuchado en diligencia de indagatoria, la situación jurídica al Ex Ministro de minas y

energía Dr. Rodrigo Villamizar Alvargonzález, y luego calificar el mérito probatorio del sumario dictando en su contra resolución de acusación como determinador del delito de interés ilícito en la celebración de contratos"; ii) en que "los recursos de reposición interpuestos, se sustanciaron y resolvieron oportunamente", y iii) en que la actuación desplegada por la Fiscalía "evidencia que se investigó también aquello que le podía ser favorable, situación que denota pleno respeto al derecho de defensa e imparcialidad, (...)".

Agrega que tampoco se le puede endilgar a la Fiscalía haber tenido en cuenta "medios probatorios que estuvieren viciados, como acontece con una grabación magnetofónica obtenida sin previa orden judicial en la cual aparecían las voces de los ministros de comunicaciones Dr. Saúl Arboleda Gómez y de minas y energía Dr. Rodrigo Villamizar Alvargonzález (...) , siendo distinto que mediante la suficiente e imparcial actividad probatoria adelantada por la fiscalía, se empezara desde tal estanco procedural a desvirtuar la presunción de inocencia del señor procesado.

Hace notar, a manera de ejemplo, "cómo cuando su defensor solicitó la intervención del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a ello se accedió remitiéndole copia de la información médica obrante en la actuación, no pudiendo en esta oportunidad el perito examinar personalmente al implicado pues se encontraba fuera del país y, el correspondiente dictamen fue puesto en conocimiento de los sujetos procesales sin que expresaran inconformidad de alguna naturaleza. Posteriormente se produjo un nuevo dictamen fundado en el examen personal llevado a cabo con el Dr. Villamizar Alvargonzález, que tampoco fue objetado".

Aclara que si bien es cierto que el dictamen no fue ampliado y que al procesado se le denegó la suspensión de la medida de aseguramiento adoptada en su contra, "resulta que en últimas le fue concedido el beneficio de la libertad provisional".

Respecto de la competencia de la entidad para investigar y calificar el asunto, recuerda i) que “el artículo 251 de la Carta Política establece como funciones especiales del Fiscal General de la Nación, investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución”, ii) que el artículo 121 del Decreto 2700 de 1991 desarrollaba el punto asignándole a la entidad la facultad de investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución, y iii) que el artículo 235-4 del mismo ordenamiento dispone que los ministros del despacho gozan de fuero constitucional, el que cuando el funcionario cesa en el ejercicio se sus funciones se mantiene, “para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De conformidad con lo anterior, concluye “que en el Fiscal General de la Nación, recae la titularidad respecto de las funciones de investigación y acusación, es decir que en esta materia el legislador consagró una cláusula de competencia general originaria que le permite conocer de cualquier actuación sumarial, con exclusión de las excepciones contempladas por la Carta, verbigracia lo referente a los congresistas”.

Reconoce que cuando se dispuso la apertura de la instrucción el actor “ya no fungía como ministro” y se conocía “que la conducta a él imputada no tenía relación con las funciones de dicho cargo”, pero a continuación sostiene que no por ello se puede tildar la actuación del Fiscal General de la Nación como constitutiva de vía de hecho, como quiera i) que “en el Fiscal General de la Nación concurre una competencia general originaria, primigenia, para conocer de todas las actuaciones sumariales que no se encuentran contempladas en las excepciones consagradas en la Carta”; y ii) “como bien lo puntualizó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, (...) cuando el Fiscal General asumió el conocimiento del asunto, Rodrigo Ignacio Villamizar Alvargonzález fungía todavía como Ministro de Estado”.

Acepta que el señor Fiscal General de la Nación no desplazó a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito mediante un acto previo, no obstante considera que esta omisión

“no entraña incursión en vía de hecho (...) puesto que ninguna razón de ser tenía expedir un acto de desplazamiento abstracto, para remover de las funciones a alguien que no las estaba ejerciendo”, dado que el Fiscal General “conservaba la titularidad de la función, y (...) en tales condiciones tenía competencia para investigar y calificar el asunto”.

Agrega que a la luz de las sentencias C-472 de 1994 y C-037 de 1996, el Fiscal General puede comisionar el ejercicio de algunas de las asignadas en artículo 251 de la Carta Política, entre ellas la asistencia del comisionado a las audiencias, y añade que el encargo no afecta la imparcialidad del funcionario y que no constituye prejuzgamiento.

Lo anterior i) en cuanto el ordenamiento no prevé “que cuando un fiscal actúa en la etapa de la causa por comisión especial que le ha conferido el Fiscal General de la Nación, y por cualquier razón la corporación o juez a cuyo cargo está la tramitación se desprende del conocimiento del proceso para pasar al de otro, así sea de inferior jerarquía, el comisionado queda impedido y debe de ser separado del asunto”; ii) habida cuenta que la labor de la Fiscalía en la etapa del juicio “esencialmente consiste en elevar peticiones las cuales son resueltas por los jueces, individuales o colegiados, con la absoluta independencia que les otorga la Carta Política y la ley”; iii) como quiera que “dentro de la estructura procesal adoptada por el decreto 2700 de 1991, y la ley 600 de 2000, el mismo fiscal que califica el mérito probatorio del sumario (aquí sienta su criterio) válidamente puede intervenir en el juicio”; y iv) en razón de que en el asunto sub examine “quien definió la situación jurídica y produjo la acusación fue el Fiscal General de la Nación (e), no la fiscal comisionada”.

Para concluir se refiere a la violación del principio de la doble instancia, que el demandante hace consistir en que “al asumir directamente el Fiscal General de la Nación (e) el conocimiento del diligenciamiento atinente al Dr. Villamizar Alvargonzález, lo dejó sin posibilidad de recurrir en apelación las decisiones adoptadas en la instrucción”, para solicitar se tenga en cuenta i) que “es la misma ley la que excluye que se pueda recurrir ante una instancia superior, siendo esto obvio si observamos que el Fiscal General es la máxima

autoridad al interior de la institución”; y ii) “que el derecho fundamental de la doble instancia la Carta Política lo consagra respecto de las sentencias (artículo 29), que la fiscalía no dicta”.

3.2 Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá

El Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá interviene dentro del presente asunto para solicitar que el amparo no se conceda, como quiera que “la sentencia por sí sola tiene las argumentaciones que son necesarias para desvirtuar cualquier quebrantamiento de derechos fundamentales en contra del solicitante (...”).

Agrega que comprende la resistencia del actor a afrontar el fallo, pero a su vez destaca que no por ello se les puede endilgar a las autoridades que intervinieron en su juzgamiento el quebrantamiento de sus derechos constitucionales.

3.3 Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá

El Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrado Humberto Gutiérrez Ricaurte, contesta la demanda.

Inicialmente da cuenta de la actuación surtida en esa superioridad, en razón de la impugnación formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de esta ciudad el 4 de diciembre de 2001, y llama la atención sobre la ponderación seria y razonada que precedió a la confirmación de la decisión i) en cuanto a la condena proferida contra el actor como coautor del delito de interés ilícito en la celebración

de contratos y ii) en lo atinente a la adecuación de la pena conforme lo indicaron los elementos de juicio allegados al plenario, actuaciones éstas que evidencia la simple lectura de la providencia.

Agrega que la acción de tutela que se revisa es improcedente, “por cuanto la decisión adoptada en el fallo atacado lejos está de constituir una vía de hecho, es decir, que obedeciera a una imposición arbitraria o caprichosa de la Sala, carente de fundamento objetivo, que aparejara la vulneración de sus derechos fundamentales, único evento en el que la tutela procedería tratándose de providencias judiciales, conforme reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional”; aunado a que el procesado hizo uso de todos los medios de defensa con los que cuenta el ordenamiento, hasta obtener un pronunciamiento por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3.4 Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia

El Magistrado Mauro Solarte Portilla, ponente de la sentencia de casación objeto de amparo, interviene en el asunto con el fin de recordar que el actor “promovió acción de tutela por los mismos hechos y derechos, pero esta Colegiatura no admitió a trámite la demanda y dispuso el archivo del asunto. No obstante el interesado nuevamente acude en tutela ante su Despacho, argumentando que así procede “con base en el auto de fecha 3 de febrero de 2004, dictado por la Sala Plena de la Corte Constitucional que se acompaña”.

Agrega que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1382 de 2000, el conocimiento de las acciones de tutela que se instauren contra la Corte Suprema de Justicia compete a “la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión que corresponda de acuerdo con el reglamento al que se refiere el -artículo 4º del presente decreto” (artículo 1 °, numeral 2-2).

Añade que la normatividad en cita “fue promulgada después de una significativa labor de indagación y definición de mecanismos idóneos -y desde luego legales- para repartir de manera equitativa la carga laboral originada por el sinnúmero de demandas de tutela que a diario se presentaban y atiborrbaban los distintos despachos judiciales”, aspecto éste que afirma se cumplió a cabalidad e interpreta el sentir de esa Corporación, “sin que -de otro lado- el contar con esa normativa implique hacer algún esguince al texto constitucional, como que éste simplemente atribuye a “los jueces” la competencia para su trámite y decisión”.

Sostiene que a pesar de los pronunciamientos en contra de la preceptiva en comento, las decisiones que resolvieron inaplicarlo, y la insistencia de “la jurisdicción disciplinaria (...) en la excepción de inconstitucionalidad”, no se ha desvirtuado su contenido, como quiera que “el juez llamado a dictaminar sobre el apego o no del citado decreto al texto superior -el Consejo de Estado- lo encontró en esencia ajustado a la Carta Política, y así lo plasmó en decisión de julio 18 de 2002. Con ello, como era de prever, debió quedar zanjada cualquier inquietud en torno al respaldo constitucional del decreto 1382 y por contera era de esperarse su ineludible aplicación por todas las autoridades judiciales”.

Llama la atención sobre el alcance del proveído de esta Corte “de febrero 3 de la presente anualidad, cuando autoriza a los quejosos a “acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluida otra Corporación de igual jerarquía” para controvertir las actuaciones y decisiones de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia”, del que dice contraría “la normatividad jurídica”, como quiera que “se pretende desconocer la decisión adoptada por el Consejo de Estado que ha hecho tránsito a cosa juzgada”.

Afirma que en la actualidad la aplicación aislada del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, “que sirvió de fundamento exclusivo a la Corte Constitucional para adoptar dicho auto”, no

procede, como quiera que la norma en cita y el Decreto 1382 de 2000 “se complementan y regulan unificadamente a cabalidad la competencia para conocer de las acciones de tutela”.

Finalmente, sostiene que no es de recibo la afirmación del actor, atinente a que “la Corte Constitucional autorizó la interposición de acciones de tutela ante jueces unipersonales o colegiados contra la Corte Suprema de Justicia, cuando por acción u omisión en sus decisiones se ha desconocido algún derecho fundamental”, en cuanto tal autorización “constituye (...) clara violación del decreto 1382 de 2000, como con igual alcance lo entendió el Consejo de Estado al negarse en caso similar a aplicar el citado auto de la Corte Constitucional (...)”.

Para concluir solicita le sea enviada la demanda de tutela a esa Corporación, para lo de su cargo.

1. Pruebas

En el expediente obran, entre otras piezas procesales i) fotocopias de las sentencias proferidas por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre de 2001, el 13 de septiembre de 2002 y el 11 de noviembre de 2003, dentro de la causa seguida al doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález por el delito de Interés Ilícito en la celebración de contratos.; y ii) las providencias de 21 de julio de 1998 y 17 de noviembre de 1998, adoptadas por el Fiscal General de la Nación para resolver los recursos de reposición interpuestos contra las providencias de 8 de junio y 21 de octubre del mismo año, que definió la situación jurídica y formuló acusación contra el actor, respectivamente.

5. Las sentencias que se revisan

5.1 Sentencia de primera instancia

El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió negar la invocación de amparo constitucional que se revisa “por no encontrarse configurada causal que conlleve a conceder la tutela por la supuesta trasgresión de los derechos fundamentales que se dejaron mencionados”.

Inicialmente el A quo pone de presente su competencia para decidir la acción, fundada en la manifestación de la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia “de no dar trámite a la tutela y en acatamiento al pronunciamiento de la Corte Constitucional a este respecto en auto del 3 de febrero de 2004 (...) pues estando de por medio derechos constitucionales fundamentales sin definir y el acceso a la administración de justicia, se hace imperioso acudir al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual son competentes para conocer de las acciones de tutela los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motiva la presentación de la demanda”.

Respecto de la vía de hecho que el apoderado del actor hace consistir en la indebida valoración probatoria por parte de la Fiscalía General de la Nación considera el juzgador en cita que “es palpable el juicioso análisis realizado sobre cada una de las probanzas recaudadas, independientemente de que se comporta o no la óptica bajo la cual el funcionario instructor valoró las pruebas allegadas al plenario”; a la vez que llama la atención

respecto del estudio detenido adelantado por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, “de las declaraciones, documentos y demás, que sirvieron de base para considerar al sindicado responsable de la conducta endilgada”.

Agrega que la acción de tutela no ha sido establecida para controvertir “los elementos de juicio que crearon la íntima convicción del Juez”, como tampoco para volver sobre “los asuntos que ya fueron objeto de debate ante las autoridades e instancias competentes”, puesto que, de ser ello así, “implicaría convertimos en una tercera o cuarta instancia judicial que no está permitido por la Constitución y la ley”, y se quebrantaría “la autonomía e independencia de la que gozan los funcionarios judiciales cuando se trata de adoptar decisiones en el ejercicio de sus funciones”.

Destaca que los funcionarios accionados resolvieron todos los cuestionamientos formulados por el actor y sus apoderados, oportunamente, sustentando debidamente sus decisiones “por lo que revivir un asunto en el que los respectivos funcionarios se pronunciaron bajo las reglas del debido proceso, implicaría una abierta desatención o vulneración de derechos fundamentales para los sujetos procesales, no siendo posible realizar tales aseveraciones en este pronunciamiento”.

Respecto de la afirmación del demandante, atinente a que el Fiscal General de la Nación quebrantó el derecho a la defensa del doctor Villamizar, al delegar para la etapa del juicio a la misma funcionaria que adelantó la instrucción, precisa i) que “la facultad de desplazamiento en cabeza del Fiscal General de la Nación, es una atribución legal propia de ese ente investigativo”, y ii) que “no puede hablarse de prejuzgamiento por el hecho de que un Fiscal en la etapa de instrucción emita un concepto y con posterioridad haga parte del proceso, en la fase del juicio, toda vez que en la segunda de las etapas en mención, el Fiscal, Funcionario de instrucción, no adopta decisión alguna, simplemente realiza peticiones al Juez de conocimiento”.

Sostiene que el demandante aprecia, sin sustento probatorio alguno, que los funcionarios accionados presumieron su culpabilidad en lugar de su inocencia.

Precisa el asunto del principio de la doble instancia recordando que no opera sino para las sentencias condenatorias y nunca respecto de las decisiones del Fiscal General de la Nación y de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

1. Impugnación

El doctor Rodrigo Villamizar, por intermedio de apoderado, impugna la decisión.

Afirma que la acción de tutela que se revisa no fue instaurada con miras a que en ella se repitieran los argumentos de las providencias impugnadas, como “erróneamente lo piensa el Consejo Seccional”, y que la invocación de amparo no se funda en apreciaciones subjetivas del actor, “por cuanto a la demanda de tutela se acompañaron numerosas pruebas, además de las providencias objeto de la acción, en donde se advierte palmaríamente y con carácter objetivo que se partió de la culpabilidad del sindicado, violando la presunción constitucional de inocencia”, sino en que como lo revelan las decisiones partiendo de circunstancias conexas y sin soporte probatorio alguno, se dedujo que Rodrigo Villamizar actuó como determinador de una conducta punible.

Reitera los planteamientos de su demanda, de los que dice no merecieron confrontación ni análisis del fallador de primer grado, e insiste ante el Ad Quem para que se establezca si los accionados respetaron las garantías constitucionales del procesado y fundaron sus decisiones en las pruebas existentes, a fin de establecer si “el juicio fue equilibrado y justo, o

si por el contrario se incurrió en vía de hecho por defecto fáctico”.

Insiste en que “desde el punto de vista de la Constitución Política, no es posible desvirtuar la presunción de inocencia sobre la base de conjeturas o conclusiones puramente subjetivas, provenientes del perjuicio o del equívoco del fallador, o de la atribución infundada por éste de un determinado significado a hechos que en realidad tienen otro”.

Agrega que “la injerencia lógica, entre unos hechos conocidos y otros desconocidos no puede establecerse de cualquier manera, ni queda librada al capricho del juez, sino que obedece a unas reglas de lógica y de teoría del conocimiento cuyo cumplimiento es indispensable jurídicamente, para desvirtuar la presunción de inocencia sin violar los derechos constitucionales de la persona enjuiciada”.

Añade que si bien la culpabilidad se puede basar en indicios graves, es decir en aquellos que permiten inferir de manera clara y directa que los hechos no pueden ser interpretados de otra manera, pero nunca en indicios leves, “dado el inmenso riesgo de equivocación”, sin desconocer el principio de favorabilidad cual indica que si “un mismo hecho puede ser interpretado de varias maneras, se atenta contra el debido proceso si se lo interpreta precisamente con el significado más desfavorable”.

Reitera “que este asunto se tramita sobre la base de que, en la práctica no hubo análisis constitucional alguno en el fallo de primera instancia”.

Se detiene en la etapa investigativa, para añadir que si bien el señor Fiscal General de la Nación “se encuentra facultado constitucional y legalmente para investigar calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional de juzgamiento ante la Corte

Suprema de Justicia” y además autorizado para designar fiscales especiales en los asuntos que así lo requieran, no por esto puede entenderse facultado para desconocer el principio rector del derecho de defensa en materia de la segunda instancia.

Reconoce que el Fiscal General de la Nación puede desplazar a cualquier fiscal delegado, siempre que adopte la decisión “mediante un acto administrativo de desplazamiento”, debidamente motivado, en cuanto “solo en esta forma se explica el que la ley, en este caso específico haga una excepción a la garantía de la segunda instancia, contemplada tanto en la Constitución Política como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Código de Procedimiento Penal y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, indicando que contra las decisiones que toma en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición (...)”.

Consecuente con lo expuesto sostiene que la Fiscalía General de la Nación quebrantó las garantías constitucionales del actor, como quiera que no obstante recaer la competencia originaria para investigar y calificar el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, contra personas no aforadas, en los Fiscales delegados, “(..) profirió en forma directa y sin acto previo de desplazamiento, resolución de apertura de investigación (..), le resolvió la situación jurídica (..), clausuró la investigación y calificó la investigación proscribiendo así la segunda instancia (...)”.

Agrega que el error se mantuvo pues se “comisionó a la Doctora NUBIA HERRERA ARIZA, para participar en la etapa de juicio ante la Corte Suprema de Justicia”, siendo “falso que el señor Fiscal General de la Nación (e) haya delegado en la Fiscal (..) la investigación por el delito que se le imputa al Dr. RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, toda vez que al entender que éste se encontraba aforado no podía disponer la delegación de una función indelegable”.

Explica que el acto de desplazamiento no se dio “pues de un lado, el Fiscal General de la

Nación (e) entendía que actuaba en un proceso de su competencia única e indelegable, y de otro, no se emitió ninguna decisión dirigida a tal fin, como lo exige perentoriamente el artículo 121 numeral 2º del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 17 de la Ley 81 de 1993, ahora artículo 115 numeral 2º de la Ley 600 de 2000”.

Para concluir el primer aparte de su escrito de impugnación el apoderado del actor indica:

“Afirmar, como lo hace la providencia del Consejo Seccional de la Judicatura, que no puede predicarse la vulneración del precepto constitucional de la doble instancia “.. cuando las decisiones adoptadas por el Funcionario instructor no tiene (sic) el carácter de sentencia, en cuanto no es dable afirmar que tal garantía se aplica incluso tratándose de resoluciones judiciales, que es lo que emiten los Fiscales al desarrollar la labor de instrucción “es un despropósito que riñe no sólo con la sana hermenéutica, sin (sic) también con la interpretación jurisprudencial de las más altas Cortes sobre este particular, tal como lo he citado”.

Se refiere a la constatación que hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre su falta de competencia “para adelantar el juzgamiento del Doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ” , y añade que “debió simplemente remitir la actuación al funcionario judicial que sí la tenía, a efectos de que éste procediera a definir en primera instancia sobre la nulidad de la actuación procesal”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Para concluir sostiene:

“ Y no puede objetarse que la decisión de nulidad adoptada en única instancia no vulneró las garantías fundamentales pues en últimas el Juzgado del Circuito la debería adoptar y asimismo el Tribunal Superior en una eventual revisión de instancias, pues se reitera, uno de lo (sic) aspectos que resultaba más importante era el momento a partir del cual operaba la declaración de invalidez, asunto que podía ser discutido en las instancias.

La ausencia de competencia de la Corte Suprema de Justicia le llevó a adoptar una decisión pretermitiendo la garantía de la segunda instancia, irregularidad sustancial que afectó el debido proceso”.

1. Decisión de segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirma la decisión.

Previamente el Ad Quem plantea que le corresponde decidir i) si se vulneró el debido proceso en la etapa del juicio al decretar “nulidad por la inexistencia de fuero y se envía al juez penal del conocimiento para que continúe con el mismo sin advertir éste que en la etapa instructiva no se garantizó la doble instancia”; ii) si la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en vía de hecho al decretar la nulidad parcial del juicio; y iii) si al apreciar las pruebas se infringió el derecho fundamental del actor a la presunción de inocencia.

No obstante destaca que la defensa del actor, teniendo la oportunidad de alegar lo acontecido en la etapa de instrucción, “prefirió desestimarla porque en su recto entender la resolución de acusación tal como venía proferida favorecía los intereses de su patrocinado lo cual en virtud de los principios que orientan la declaratoria de nulidades y su convalidación,

previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa época equivale a una convalidación de las presuntas nulidades que se hubieran podido cometer en la etapa de instrucción (...)”.

Consecuente con lo expuesto concluye que “mal puede entonces acudirse a la acción de tutela para que se subsanen unas irregularidades que si bien es cierto existieron en la etapa instructiva como claramente lo aceptó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quedaron saneadas por expreso consentimiento de la defensa técnica”.

Respecto de la falta de competencia de la Sala de Casación Penal accionada para declarar la nulidad de lo actuado en la etapa del juicio, quebrantando de contera el derecho del procesado a la doble instancia, el Ad Quem considera i) dicha Sala actuó en ejercicio de su autonomía funcional, y ii) que lo hizo “en el curso de la audiencia pública en presencia de todos los sujetos procesales, se notificó en estrados y ninguna de las partes reclamó su ilegalidad en ese entonces”, de donde se desprende que “carecen de legitimidad para cuestionarla por haberla convalidado implícitamente y haber dejado precluir la oportunidad para protestarla”.

Para concluir el Ad Quem sostiene que la alegada vía de hecho por falso juicio de identidad no es de recibo, habida cuenta que el cargo en casación fue rechazado por falta de técnica, de manera “que mal puede entonces pretender el tutelante que el juez de tutela corrija los yerros de la defensa para obtener la protección en su lugar, pues no se puede desconocer que el recurso de casación exige unos lineamientos de orden técnico y sustancial que deben ser acatados (...)”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional a través de esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 18 de febrero de 2005, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos.

1. Problema jurídico planteado

Debe esta Sala pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y Superior de la Judicatura que niegan al actor la protección invocada, en cuanto consideran que la definición de su situación jurídica, la acusación y las sentencias que lo condenan como determinador del delito de interés ilícito en la celebración de contratos, se adoptaron en ejercicio de la autonomía e independencia conferida por la Carta Política a jueces y fiscales.

También los falladores de instancia sostienen que si bien la Fiscalía General y la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia actuaron en única instancia, privando en ambos casos al doctor Villamizar Alvargonzález de su derecho a la revisión vertical de las decisiones que lo afectan, esto, además de intrascendente, fue convalidado por la defensa, implícita y expresamente.

Por su parte, el actor afirma que sus derechos fundamentales fueron quebrantados y deberán ser restablecidos, porque a la luz del ordenamiento constitucional no resulta posible

sustentar una responsabilidad objetiva ligada a hechos que se estimaron ilícitos sin serlo, quebrantar el derecho al juez natural y de contera soslayar el derecho del procesado a la doble instancia, como tampoco confiar la intervención del ente acusador, en la etapa del juicio, a quien por haber concurrido a la investigación no garantizaba imparcialidad.

Ahora bien, está claro i) que la Fiscalía General de la Nación investigó al doctor Villamizar Alvargonzález a causa del punible de interés ilícito en la celebración de contratos y que por la misma conducta y participación lo acusó ante la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en única instancia, como también lo está que esta última declaró la nulidad de lo actuado en la fase del juicio, porque era otro el juez predeterminado para adelantar la causa; ii) que la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia actuó en la etapa investigativa y lo hizo en el juicio; y iii) que el acusado fue condenado, porque “hizo crear en su homólogo de comunicaciones la idea de favorecer a ESCOBAR IZQUIERDO en el proceso que trajo como consecuencia [una] adjudicación ilegal (...)”⁸.

También son aspectos que nadie discute i) que la defensa del actor advirtió, al inicio del juicio, que no alegaba la nulidad de la investigación por incompetencia del Fiscal General y quebrantamiento del principio de la doble instancia; ii) que el decreto de nulidad parcial proferido por la Sala de Casación Penal en única instancia no se repuso; y iii) que la actuación de la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema no se controvirtió, en la etapa del juicio.

De manera que esta Sala deberá previamente pronunciarse sobre la procedencia de la acción, como quiera que la acción de tutela es subsidiaria y residual, en los términos del artículo 86 constitucional, y los jueces de instancias niegan la protección, entre otras consideraciones, porque el actor no hizo uso de los recursos previstos en el ordenamiento para restablecer sus garantías constitucionales, en el ámbito de la investigación y del juicio seguido en su contra.

Ahora bien, establecida la procedencia de la acción, la Sala deberá detenerse en el restablecimiento de las garantías constitucionales que el actor estima le fueron violadas, primeramente en el quebrantamiento del juez natural durante la etapa de la investigación, por ser ésta, conjuntamente con el derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes, además de la primera de las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta Política, de gran envergadura, en cuanto a la protección del debido proceso.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La acción de tutela fue establecida para que todas las personas puedan acudir a un procedimiento breve y sumario, en todo tiempo y lugar, en procura del respeto de sus derechos fundamentales, siempre que no cuenten con otro medio judicial de eficacia comprobada, sin perjuicio de la intervención transitoria del juez constitucional, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política.

El 8 de junio de 1998, el Fiscal General de la Nación impuso al actor medida de aseguramiento y, el 21 de octubre del mismo año, lo acusó ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de enriquecimiento ilícito en la celebración de contratos, en calidad de determinador, entendiendo que ejercía la competencia asignada en los artículos 235 y 251 de la Carta Política⁹, no obstante, desde la apertura de la investigación -20 de agosto de 1997-, el actor había perdido su calidad de aforado, como quiera que renunció a cargo, le fue aceptada la renuncia y se lo investigaba por una conducta ajena a las funciones por él desempeñadas.

En este punto podría aducirse que el actor habría podido reponer por razón de la competencia e incluso procurar la anulación de las providencias proferidas por el Fiscal General después del 20 de agosto de 1997, exigiendo el respeto de su derecho al juez natural y a la confrontación vertical de las decisiones que dispusieron su detención y lo

sometieron a juicio y así concluir que la acción que se revisa no procede, porque esta Corte tiene definido que del artículo 86 de la Carta no se desprende un “recurso extraordinario o adicional cuando el sujeto procesal ha coadyuvado con su comportamiento omisivo en la ocurrencia del evento procesal que ataca dejando transcurrir la actuación ordinaria sin hacer uso de los medios de defensa que le concede la ley, lo cual forma parte del principio general de lealtad procesal”¹⁰.

Esto último, porque los sujetos procesales no pueden acudir en tutela alegando el quebrantamiento de sus derechos fundamentales, cuando concurrieron a la actuación omitiendo poner de presente las falencias de la misma para su oportuna corrección, dado que tales comportamientos alertan sobre el incumplimiento de la colaboración debida a la administración de justicia y dan lugar a cuestionar la observancia del postulado de la buena fe, deberes que enmarcan las actuaciones de todas las personas residentes en Colombia, particulares y autoridades, en los términos de los artículos 83 y 95 de la Carta Política.

Sin embargo, la actuación procesal indica que el defensor del actor impugnó la sentencia de primera instancia y recurrió la proferida por el Ad quem, fundado, entre otras razones, i) en que “desde el momento en que [aquel] dejó de ser Ministro de Minas, esto es el 20 de agosto de 1997, la Fiscalía debió adecuar el trámite de la investigación a fin de que prosiguiera con la misma y calificara el mérito sumarial el funcionario competente, ya que no lo eran para esos fines el Fiscal General ni su delegada”, y iii) en que estaba siendo condenado “en juicio viciado de nulidad por la existencia de irregularidades trascendentales que afectan el debido proceso (...) sostiene que el Fiscal General adelantó la fase instructiva y calificó el proceso penal (...) desconociendo los presupuestos procesales que le permitían adelantarla en única instancia, y pretermitiendo así la garantía de la segunda instancia en una excepción no cubierta por la excepción legal ni constitucional (...) (cargos primero y segundo) y violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial a consecuencia de errores en la apreciación probatoria (tercer cargo)”.

Cabe preguntarse, entonces -conociendo que el actor impugnó y acusó en casación la sentencia proferida en su contra, fundado entre otras razones en la nulidad generada en las violaciones de los principios del juez natural y de doble instancia- si en la fase de preparación para la audiencia pública la defensa convalidó la irregularidad al advertirla y a la vez manifestar que no formularía al respecto petición alguna, dado que “la providencia favorece ampliamente a mi cliente”.

Ahora bien, a la luz del artículo 306 del Decreto 2700 de 1991, que señalaba las oportunidades para invocar las nulidades originadas en la etapa de instrucción¹¹, es claro que la defensa del actor podía optar por retrasar hasta el recurso de casación la petición que habría podido presentar en el traslado común para preparar la audiencia pública, dando lugar a una “convalidación transitoria¹²” de la irregularidad, lo que difiere sustancialmente del consentimiento como forma de convalidación de la misma situación, a que se refieren los artículos 308.4 del citado Decreto y 310.4 de la Ley 600 de 2000, disposiciones éstas, que, en iguales términos, preceptúan:

“Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.

(..)

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

(..)”.

Para reafirmar lo expuesto, vale traer a colación el siguiente aparte de la sentencia C-541 de 1992, reiterada mediante providencia C-394 de 199413, proferidas por esta Corte para declarar la exequibilidad del artículo 306 en cita -se destaca-:

"La finalidad de la norma es la de garantizar una etapa de juzgamiento libre de cualquier vicio ordinario y, con dicho fin, se establecen oportunidades para que las nulidades de los actos procesales que hubiesen podido presentarse durante la investigación, que también comprende las fases de la indagación previa y la del sumario, puedan ser invocadas y resueltas antes de proceder al juzgamiento.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

También, encuentra la Corte que la norma acusada no contraría el Devido Proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, por cuanto que, como queda expresado, los sujetos procesales cuentan con oportunidades suficientes para invocar las nulidades de los actos procesales originadas en la etapa de investigación y el juez está dotado de facultades oficiosas para declararlas; además, la "convalidación" transitoria de las no invocadas dentro de las oportunidades señaladas, no se opone al principio del adelantamiento de un proceso libre de cualquier vicio de evidente raigambre constitucional, todo lo contrario, pretende que se llegue a la etapa de juzgamiento y se adelante ésta con la mayor garantía posible; es más, el Recurso de Casación permite el debate de estas nulidades como última garantía judicial para la defensa del Devido Proceso de competencia de la jurisdicción ordinaria."

Por tanto, si el apoderado del actor dejó sentado al inicio del juicio que en interés de su representado “mal puedo formular petición alguna sobre el particular” y si formuló en casación cargos fundados en la violación de los derechos fundamentales de su representado al juez natural y a la doble instancia en la etapa preliminar -haciendo uso de la facultad que le confiere el citado artículo 306-, mal podría aducirse que la defensa convalidó la irregularidad y que no puede por ende invocar la protección constitucional, porque está claro que quien posterga su solicitud de nulidad hasta la fase final, siguiendo en todo las previsiones legales que así lo permiten, no consiente por ello en la irregularidad.

Con todo podría afirmarse que la lealtad y colaboración debidas a la administración de justicia trasciende las normas procesales, haciendo improcedente la acción de tutela, cuando el perjudicado optó por formular en casación la nulidad que podía haber propuesto a la iniciación del juicio. No obstante del mismo modo que los deberes constitucionales se insertan en las actuaciones judiciales con fuerza vinculante, las normas procesales que propendan esencialmente por hacer cumplir los derechos fundamentales orientan y delimitan esos deberes, de donde se concluye que la lealtad con la administración de justicia no va hasta exigir del acusado dejar al margen su defensa para suplir al juez en la conducción de un proceso sin irregularidades.

Tanto así que esta Corte ha considerado contrarias al ordenamiento constitucional las exigencias de colaboración impuestas al procesado, precisando que del deber genérico previsto en numeral 7 del artículo 95 de la Carta Política, entendido en armonía con los derechos del sindicado a no incriminarse y a estructurar su propia defensa, no pueden derivarse consecuencias adversas, de donde se colige que bien podía el apoderado del actor manifestarse sobre la nulidad y advertir que no haría petición alguna, sin efectos negativos respecto de su derecho al restablecimiento de sus garantías, por parte del Juez constitucional. Señala la Corte:

"Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados"¹⁴.

En definitiva, si de autos aparece que el actor hizo uso de los recursos previstos en el ordenamiento para exigir que la acusación fuese formulada por el funcionario predeterminado por la ley, sin éxito, procede estudiar de fondo su invocación de amparo, sin que para el efecto sea menester adentrarse en el estudio de todos los aspectos planteados en la demanda, porque, como va a verse, la lesión de la garantía constitucional a ser investigado y acusado por la autoridad predeterminada en la ley deja a la acusación y por ende a la condena sin efectos vinculantes, en cuando se proyecta íntegramente sobre la estructura general del proceso.

4. Consideraciones preliminares. Principios del Juez Natural y de la Doble Instancia

4.1 Vía de hecho por desconocimiento del derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El artículo 29 de la Constitución Política señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio, y, en la misma línea, el artículo 11 del Decreto ley 100 de 1980, por su parte, daba claridad sobre el principio, en cuanto disponía que “nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad al hecho punible”¹⁵.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica al respecto que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, en su artículo 8°, prevé que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”¹⁶.

Los Principios Básicos de la Independencia de la JUDICATURA, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985 y confirmado por la Asamblea General¹⁷, entre otros aspectos, disponen i) que “la judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”; ii) “que no se efectuaran intromisiones indebidas e injustificadas en el proceso judicial”; y iii) “que el principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes”.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana, atendiendo el reclamo presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, sobre la destitución de los integrantes del Tribunal Constitucional del Perú, con competencia para emitir un fallo sobre la inconstitucionalidad de la Ley 26.657 o de Interpretación Auténtica del Artículo 112 de la Constitución, que permite la reelección inmediata del Presidente para un periodo adicional, sostuvo que el proceder del Gobierno del Perú comprometió seriamente la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional, al alterar las reglas sobre competencia y, con ello, omitió garantizar el debido proceso legal violando el artículo 8° de la Convención Interamericana¹⁸.

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, sostiene que los Estados tendrán en cuenta “la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento, la duración de su mandato y las condiciones que rigen para su ascenso, traslado y cesación de funciones, y la independencia efectiva del Poder Judicial con respecto al Poder Ejecutivo y al Legislativo¹⁹”, unificando de esta manera los criterios sobre competencia independencia e imparcialidad, en igual sentido que la Corte Interamericana.

Como se ve las decisiones traídas a colación dan claridad sobre la relación existente entre los principios de juez natural, autonomía, independencia e imparcialidad de los jueces y los derechos del procesado a ser juzgado en condiciones de igualdad, con sujeción a las leyes

preexistentes al acto imputado, al punto que la presunción de inocencia no puede desvirtuarse ni la defensa ejercerse sino por y ante el juez natural -artículos 13, 29, 228 y 230 C.P.-.

En síntesis, proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales²⁰, cualquiera fuere la autoridad que lo disponga²¹, como también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural “da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia”. Al respecto señala la Corte:

“Ha dicho la Corte -y lo reitera- que el legislador está autorizado por la Carta Política para señalar las competencias, delimitando el campo de acción de los jueces con base en factores como los relativos al territorio, la materia, la naturaleza del asunto y la cuantía de la controversia, entre otros.

El derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) tiene como uno de sus componentes esenciales la competencia del juez o tribunal que haya de resolver, de tal modo que si quien falla carece de ella se configura una causa de nulidad del proceso y desde el punto de vista constitucional la falta de competencia da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia.

En principio, salvo aquellos casos en los que el propio Constituyente ha señalado una competencia, es el legislador el encargado de establecer por vía general los criterios aplicables para definirla y de estatuir los ámbitos que corresponden a los distintos órganos y funcionarios que administran justicia”²².

En materia de la competencia, teniendo en cuenta los factores que confluyen en su fijación y en la determinación de sus calidades, ha dicho la Corte.

“Por regla general, corresponde al legislador en aquellos casos en que el Constituyente no lo haya hecho, asignar competencia a los distintos entes u órganos del Estado. Una vez definida la competencia es posible determinar cuál es el funcionario a quien le corresponde conocer o tramitar un asunto específico. La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general²³”.

Ahora bien, la cuestión de la violación de las garantías constitucionales, en razón de la vulneración del principio del juez previamente previsto para el efecto, dio lugar a que esta Corte, mediante sentencia SU-1184 de 2001²⁴, concediera la protección constitucional de la parte civil en un proceso penal, en el ámbito de la solución de un conflicto sometido a la consideración de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que otorgaba competencia a la justicia penal militar para conocer de un punible atribuido a un

Brigadier General de la República, “cuando el artículo 235 de la Carta claramente le asigna la competencia de juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación”.

Lo anterior, entre otros aspectos, en consideración a que del artículo 235 de la Carta Política se infiere, sin hesitación, que mientras los funcionarios relacionados en la norma “se encuentran en ejercicio del cargo, tienen fuero integral y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan”²⁵; de donde esta Corte pudo concluir que la Sala Jurisdiccional accionada incurrió en vía de hecho al desconocer el principio del juez natural, en cuanto dirimió un conflicto de competencias remitiendo el asunto al conocimiento de un juez a quien no le correspondía.

Se detuvo esta Corte en el desarrollo jurisprudencial del principio y puntualizó su importancia, en materia de respeto de las garantías constitucionales, como quiera que la definición del juez competente, comporta no sólo “la correcta interpretación del problema jurídico sometido a la jurisdicción (del cual deriva el conflicto de competencias), sino la constitucionalidad misma de la actividad jurisdiccional posterior”.

Sintetizó la Corte, en la oportunidad a que se hace mención, la jurisprudencia constitucional sobre el punto. Señala la decisión:

“Por otra parte, en sentencia C-392 de 200026, al pronunciarse sobre la creación de jueces especializados del circuito para conocer de delitos que anteriormente eran competencia de los jueces regionales, se indicó:

“No es posible en consecuencia la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado Social Democrático de Derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes pre establecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, en los términos de los arts. 29 y 229 de la Constitución, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.”

De esta providencia se desprende que, además de los caracteres anotados, se exige un tratamiento igualitario de los procesos de competencia de tales jueces, de manera que “se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial”. Ello, claramente, implica la introducción de consideraciones igualitarias –como principio-, dentro de la definición del derecho al juez natural.

Este análisis, empero, no permite distinguir los ámbitos claramente constitucionales de aquellos que corresponde definir al legislador. Distinción que resulta necesaria por el hecho de que aún en esta materia y a pesar de la amplia libertad de configuración normativa por parte del legislador, las normas legales deben estar sujetas a control constitucional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

9. La Corte había abordado esta problemática en la sentencia C-111 de 200027, en la que estudió la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 362 de 1997, que le asignaba a los jueces

laborales la competencia para conocer de todo conflicto jurídico relativo a asuntos de seguridad social, con independencia de que una de las partes fuese una entidad pública. En aquella oportunidad sostuvo que la configuración constitucional de la jurisdicción contenciosa administrativa se restringe a asignarle ciertas competencias reducidas, de suerte que queda en manos del legislador distribuir competencias entre los distintos jueces.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el punto, pues no habría criterio alguno para determinar si la asignación resulta constitucionalmente admisible y, además, hace imposible definir el núcleo esencial del derecho en cuestión. En la sentencia C-392 de 2000 se resolvió en buena medida este punto. En aquella ocasión la Corte señaló que “la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”

Para apreciar el alcance de esta afirmación ha de tenerse presente la sentencia C-728 de 200028. Al estudiar la constitucionalidad del numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, en que se establecía que era falta disciplinaria el incumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas, se encontró exequible la disposición bajo el entendido de que la declaración de que se habían incumplido las obligaciones emanase de una decisión judicial. El siguiente fue el razonamiento de la Corte:

“esta Corporación sí considera que debe hacerse una claridad acerca de la misma [se refiere a la norma demandada]. En el precepto se prohíbe el reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y la violación de esa prohibición puede dar lugar a una sanción. Pues bien, le asiste razón al demandante cuando se pregunta acerca de quién debe ser el que califique si el servidor público ha incurrido en incumplimiento. La Corte considera que mal puede ser la autoridad disciplinaria la que se encargue de determinar esta situación. Ello sí constituiría una vulneración de los principios del juez natural y del debido proceso. Solamente los jueces pueden determinar si una persona ha irrespetado sus

compromisos legales, y para llegar a esa conclusión deben adelantar un proceso legal, en el cual se brinde al demandado el derecho de ejercer su defensa y presentar los recursos que considere pertinentes.” (Negrillas fuera del texto).

De esta decisión se desprende claramente que el derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten²⁹ el derecho. Dicha restricción, responde a la división de las ramas del poder público, y tiene traducción positiva en el derecho constitucional a acceder a la justicia. Sobre el particular resulta excepcionalmente ilustrativa la sentencia T-268 de 1996³⁰, en la que la Corte señaló que constituye violación del derecho a acceder a la justicia el hecho de que una organización sancione o prohíba la iniciación de acciones judiciales en su contra³¹.

Recordó, además, esta Corporación, el entendimiento del principio del juez natural a la luz de la jurisprudencia constitucional, la esencialidad del mismo, centrada en que no se establezcan “jueces o tribunales ad-hoc”, y su comprensión, para señalar que “es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada -debidamente- la competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución”. Indica la providencia:

“El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³², el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino.... ante juez o tribunal competente”. Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en

el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto³³. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993³⁴, el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

(..)

De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia. No sobra mencionar, antes de ahondar en este punto, que dicha interpretación restringida tiene varios matices, pues los eventuales conflictos entre las jurisdicciones especiales –definidos constitucionalmente- no pueden resolverse siempre remitiendo los asuntos a la jurisdicción

ordinaria. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en ejercicio de sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), lo que implica que se trata de una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque está mediada normativamente (C.P. art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna.

(..)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas. De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible sobre la debida solución de un conflicto de competencias”.

A manera de conclusión, sostuvo la Corte que se incurre en vía de hecho, por vulneración del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, “cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-

post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria” -se destaca-.

4.2 Vía de hecho por desconocimiento del derecho a la doble instancia

Al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la Carta Política, compete al legislador regular el régimen de los recursos dentro de cada proceso, con el límite establecido en el artículo 29 del mismo ordenamiento, también impuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el siguiente tenor, “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” -artículo 14.5-.

El artículo 228 de la Carta Política, a su vez, preceptúa el libre acceso de las personas a la administración de justicia para someter a investigación, análisis y decisión de los jueces la realización de sus derechos e intereses, sin más restricciones que las legalmente pertinentes, al punto que las limitaciones que imposibilitan o restringen dicho acceso, es decir en lo que tiene que ver con trámites y recursos, comportan la violación de la garantía constitucional al debido proceso, ya fuere por lesión del principio de la doble instancia -en los casos en que éste se establece constitucionalmente- o por vulneración del derecho de acceso a la justicia -cuando el recurso está previsto en la ley-.

En armonía con el marco constitucional antes expuesto, la jurisprudencia de esta Corte se ha pronunciado sobre el carácter angular dentro del Estado social de derecho del derecho de impugnar las providencias judiciales, en cuanto el recurso de apelación “garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso”, y permite “que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de

que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente³⁵" -artículos 29 y 31 C.P.- .

De esta manera, dada la calidad de máximo tribunal en su jurisdicción, contra las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia no proceden el recurso de apelación y el grado de consulta, situación que alcanza las resoluciones interlocutorias adoptadas por el Fiscal General de la Nación, como cabeza del ente investigador, en los términos de los artículos 235 y 251 de la Carta Política.

De modo que la competencia del legislador en materia de establecimiento de recursos³⁶ no comporta la exclusión ni el agravamiento de la garantía constitucional a impugnar la sentencia condenatoria, del mismo modo que la autonomía e independencia de los jueces no comprende la imposición de obstáculos a quienes tienen derecho constitucional o legal a la doble instancia.

Ahora bien, el artículo 27 de la Ley 270 de 1996 establece la apelación o la consulta de las providencias interlocutorias proferidas por los fiscales delegados³⁷ y el legislador ordinario, en desarrollo de este precepto, como también de las disposiciones constitucionales antes expuestas, determina a quién corresponde asumir el control vertical de dichas providencias³⁸.

En síntesis, puede afirmarse que el ordenamiento garantiza a los sujetos procesales la doble instancia durante el sumario, excepto en los asuntos de competencia del Fiscal General de la Nación³⁹, de modo que los altos funcionarios enumerados en los artículos 235 y 251 de la Carta Política que cesaron en el ejercicio del cargo y están siendo investigados por conductas punibles extrañas a las funciones por los mismos desempeñadas, les asiste el derecho de recurrir las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal competente, para hacer

efectivos ante el Superior sus derechos e intereses.

Por ello incurre en vía de hecho la autoridad judicial que hace inexigible el derecho de acceso al recurso de apelación de las providencias interlocutorias adoptadas durante el sumario, porque, si bien los artículos 29 y 31 de la Constitución Política no comprenden el derecho a la impugnación en la instrucción, de los artículos 13, 29 y 228 del mismo ordenamiento se desprende el derecho de ser juzgado en condiciones de igualdad, conforme a las leyes preexistentes al acto imputado ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo preceptúa.

5. El caso concreto

5.1 Las entidades accionadas quebrantaron las garantías constitucionales del actor al juez natural y al acceso a la justicia

Los artículos 235 y 251 de la Carta Política asignan a la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General de la Nación el juzgamiento y la investigación de los delitos cometidos, entre otros funcionarios, por los Ministros del Despacho, mientras estos permanecen en el cargo y así hagan dejación del mismo, en este último evento, sólo “para las conductas que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

No obstante, como lo indican los antecedentes, el 8 de junio de 1998 el Fiscal General de la Nación profirió en contra del doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález -quien había hecho dejación del cargo de Ministro de Minas y Energía el 20 de agosto del año anterior- medida de aseguramiento y, el 21 de octubre del mismo año, lo acusó ante la H. Corte Suprema de

Justicia, por un delito sin relación con las funciones desempeñadas.

Se infiere entonces que el Fiscal General quebrantó las garantías constitucionales del accionante, en cuanto lo investigó y acusó lesionando sus derechos al juez natural y al recurso y que en igual conducta incurrieron el Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del H. Tribunal Superior de la misma ciudad y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, porque estas últimas pasaron por alto la situación, estando obligadas a restablecer las garantías del imputado, en el ámbito de la investigación y el juzgamiento adelantados en su contra.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por ello no se entiende cómo el actor fue condenado en primera y segunda instancia, en razón de una acusación viciada y sorprende que la nulidad parcial del juicio, con fundamento en el artículo 235 superior, declarada por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en atención a los reparos formulados por el actor -sobre "la competencia para conocer del asunto radicaba por delegación legal, en los Fiscales Delegados ante los Jueces del Circuito (artículo 127 del Decreto 2700 de 1991) (sic)"- no comprendiera la irregularidad en la fase del sumario y que la misma no hubiere sido atendida en casación.

En este punto, vale traer a colación la siguiente decisión de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia -se destaca-:

"No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial,

expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal.

Desde luego que la pérdida irremediable de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción —en este caso aún distante— como por la inoperancia de una justicia tardía. Mas, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solamente es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la

Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponde de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal”⁴⁰.

De manera que los jueces accionados no podían condenar al actor, en atención a la acusación formulada por un funcionario sin competencia para el efecto y, en razón de que lo que no podía ser aconteció el cargo formulado por el apoderado del Dr. Villamizar Alvargonzález en casación con fundamento en el desconocimiento de los principios del juez natural y de acceso a la justicia tenía que prosperar.

En este punto, vale recordar que la Sala de Casación accionada, para desatender el cargo por nulidad del sumario, argumentó que la función investigadora se radica en el Fiscal General de la Nación y que la doble instancia no conforma el derecho al debido proceso, no obstante de los artículos 235, 251, 116, 228 y 230 de la Carta Política y 26 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y de los precedentes jurisprudenciales sobre la competencia y las funciones de los fiscales delegados y la determinación de la competencia por parte del Fiscal General de la Nación -que más adelante se explica-, se desprende, con claridad, que el Fiscal General investigó y acusó al actor sin competencia, y que, por ello, el cargo de nulidad de la actuación por las irregularidades ocurridas durante la instrucción daba lugar a revocar la sentencia de primera instancia y como esto no ocurrió a casar la decisión del ad quem, que desconoce la irregularidad.

5.2 El Fiscal General de la Nación no puede alterar las competencias señaladas en la Constitución y en la ley

a) Mediante sentencia C-775 de 200141, esta Corte declaró inexequible el parágrafo del artículo 117 de la Ley 600 de 2000, que confería al Fiscal General de la Nación la facultad de reglamentar la organización y puesta en marcha “de la función exclusiva de tramitar la consulta y los recursos de apelación y de queja contra las providencias interlocutorias proferidas por el fiscal delegado que dirija la investigación”, como quiera que la norma hacía

extensiva la facultad de regulación del Fiscal General a aspectos de competencia exclusiva del legislador, ya desarrollados en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Destacó la Corte, en la oportunidad que se reseña, que desde una perspectiva constitucional la facultad de reglamentación del Fiscal se circunscribe “al plano meramente administrativo, es decir a lo relacionado con la organización y funcionamiento” del organismo a su cargo, sin que pueda proyectarse “externamente, como ya se dijo, incursionando en una regulación propia del ejercicio de la función judicial del Estado, aspecto éste que genera de manera inevitable la inconstitucionalidad de la norma”.

En desarrollo de la reserva legal establecida por el artículo 29 de la Carta y debido a la necesidad de amparar las garantías constitucionales previstas en la misma norma, fueron declarados exequibles los numerales 6, 2 y 4, de los artículos 17 del Decreto ley 261 de 2000 y 115 de la Ley 600 del mismo año, respectivamente, que facultan al Fiscal General para asumir personalmente el conocimiento de que casos excepcionales que requieran de su atención directa, “bajo el entendido de que al adoptar cualquiera de estas decisiones, el Fiscal General de la Nación deberá motivar expresamente su determinación, y notificarla a los sujetos procesales afectados por un medio idóneo. Así mismo, para efectos de garantizar el ejercicio imparcial y autónomo de la función de investigación por parte del Fiscal General, se declarará que una vez decida, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, asumir personalmente el conocimiento de una determinada investigación, deberá llevarla hasta su culminación, sin asignarla a otro fiscal distinto -puesto que de hacerlo se desnaturalizaría el acto de reasunción del conocimiento de dicha instrucción”.

Además del condicionamiento que se trae a colación, esta Corte fijó los lineamientos, para efectos del ejercicio por parte del Fiscal General de la facultad a que se hace mención, señala la providencia:

“ Sin embargo, con base en las consideraciones que se han expuesto en acápitres anteriores, la Corte considera que estos argumentos no son de recibo. En primer lugar, ya se vio que la ley tiene un amplio margen de configuración para establecer la estructura y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación; como consecuencia, bien puede el Legislador señalar que en ciertos casos excepcionales, el Fiscal General de la Nación puede asumir personalmente el conocimiento de ciertas investigaciones, o designar a determinados funcionarios para conocer de ciertas investigaciones, desplazando a otros fiscales del conocimiento de los procesos -siempre y cuando estas facultades se consagren legalmente y se ejerzan en forma razonable, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa por parte de los afectados, y con una adecuada motivación para la decisión respectiva-. En segundo lugar, las facultades en cuestión encuentran un fundamento en el carácter de delegatarios atribuido por la Constitución a los fiscales delegados respecto del Fiscal General de la Nación, quien es en principio el titular de la función de investigar las violaciones a la ley penal y acusar a los posibles culpables ante los jueces competentes. Finalmente, se ha reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que el ejercicio de estas facultades legales por parte del Fiscal General no conlleva la violación del principio del juez natural pre-establecido en la ley, puesto que no implica modificar el esquema de competencias, sino simplemente sustituir al funcionario que habrá de cumplirlas por su superior delegante, dejando intacto dicho esquema”⁴².

Las anteriores razones son suficientes para declarar la constitucionalidad de las normas acusadas por este cargo, bajo el entendido de que al adoptar cualquiera de estas decisiones, el Fiscal General de la Nación deberá motivar expresamente su determinación, y notificarla a los sujetos procesales afectados por un medio idóneo. Así mismo, para efectos de garantizar el ejercicio imparcial y autónomo de la función de investigación por parte del Fiscal General, se declarará que una vez decida, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, asumir personalmente el conocimiento de una determinada investigación, deberá llevarla hasta su culminación, sin asignarla a otro fiscal distinto -puesto que de hacerlo se desnaturalizaría el acto de reasunción del conocimiento de dicha instrucción-”.

b) También en la sentencia C-873 del 30 de septiembre de 200343, esta Corporación se pronunció sobre las facultades del Fiscal General, frente a las competencias asignadas a los Fiscales Delegados en las normas rectoras del procedimiento y definió que éstos, en cuanto funcionarios judiciales, “son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y a la igualdad”.

De lo anterior se puede colegir que el Fiscal General de la Nación no puede interferir en el desarrollo de las investigaciones que adelantan los Fiscales Delegados, ni inmiscuirse en las decisiones que aquellos adoptan y que al funcionario le está vedado desplazar y reasignar el conocimiento de los procesos, asumiendo funciones de investigación y acusación que no le competen, salvo circunstancias especiales “las cuales deben quedar claramente plasmadas en la decisión correspondiente, para permitir el derecho de defensa de los afectados”⁴⁴.

Circunstancias éstas que no podrían alterar la competencia del ente investigador establecida en la Carta Política, como quiera que en la materia rige la reserva derivada “del principio de legalidad del proceso que encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Constitución”⁴⁵.

No puede considerarse en consecuencia intranscendente lo que aconteció en el asunto en estudio, en cuanto el actor fue privado de la libertad y acusado en única instancia por el Fiscal General de la Nación, cuando la competencia recaía en los Fiscales Delegados ante los Jueces Civiles del Circuito, quebrantando las disposiciones constitucionales i) sobre juez natural -artículo 29-, ii) en materia de competencia penal en asuntos de funcionarios aforados -artículos 235 y 251-, y iii) relativas al acceso a los recursos establecidos en la ley, igualdad ante la ley, y autonomía e independencia judicial -artículos 13, 228 y 230-.

Lo último porque si bien los artículos 29 y 31 de la Constitución Política no comprenden en el derecho a la impugnación las resoluciones proferidas en la etapa sumarial, éstas fueron establecidas en las previsiones estatutarias sobre apelación y consulta, de suerte que la arbitrariedad de la Fiscalía General de la Nación es manifiesta, como también lo son, por el aspecto de no haber declarado la nulidad, ante la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, las sentencias dictadas por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá y por las Salas Penal y de Casación Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre de 2001, el 14 de septiembre de 2002 y el 11 de noviembre de 2003, respectivamente.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6. Conclusiones. Las sentencias de instancia serán revocadas

Las Salas Jurisdiccionales del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y del Consejo Superior de la Judicatura niegan al doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález la protección invocada, al considerar que la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia no incurrieron en vía de hecho al acusar y condenar al actor por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, en calidad de determinador.

Afirman que en las decisiones de los accionados se observa “un juicioso análisis que condujo a que los pronunciamientos se emitieran dentro de los marcos legales, preservando en todo caso del procesado sus derechos y garantías; lo que desvirtúa las marcadas irregularidades puestas de presente en la acción de tutela”.

El Consejo Superior reconoce -al igual que la Sala a quo- que el actor fue investigado y

acusado en única instancia y asimismo sostiene que la Carta Política le ha otorgado al Fiscal General la facultad de asumir personalmente las investigaciones cuando lo considere necesario y de privar a los sujetos procesales de la segunda instancia “por no existir dentro de la organización funcional de la Fiscalía, otro funcionario de mayor jerarquía”.

Desconocen los falladores de instancia que el señalamiento de la competencia es asunto de enorme trascendencia y de reserva legal, en cuanto toca con la autonomía, independencia e imparcialidad de las autoridades en ejercicio de funciones jurisdiccionales, al punto que el derecho a un juez natural hace parte del núcleo esencial de las garantías constitucionales que limitan el poder punitivo del Estado, de modo que la facultad del Fiscal General de asumir investigaciones que no le competen, cuando así lo considere, no puede entenderse sino condicionada a regulación previa del legislador, debidamente motivada y con sujeción a las garantías constitucionales de los afectados, porque así como no le está permitido al Fiscal General interferir en las investigaciones y decisiones de competencia de los fiscales delegados, tampoco le está dado separarlos de los sumarios o impedirles que desarrollen las facultades que por ley les corresponde asumir.

Tampoco es de recibo lo afirmado en las sentencias que se revisan respecto de la convalidación de la defensa, porque el apoderado del actor impugnó la sentencia condenatoria y recurrió en casación, entre otras razones, por la violación de las garantías constitucionales acontecida en la etapa de instrucción, de modo que nada se puede argüir al respecto.

Así las cosas, las sentencias de instancia serán revocadas para en su lugar conceder la protección, anular lo actuado contra el actor a partir del 20 de agosto de 1997 y disponer que la Fiscalía adelante la investigación nuevamente, con sujeción al debido proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Levantar los términos que fueron suspendidos, para mejor proveer.

Segundo. REVOCAR las sentencias adoptadas el 28 de noviembre y el 7 de julio de 2004 por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y del Consejo Superior de la Judicatura, para no conceder la acción de tutela instaurada por Rodrigo Villamizar Alvargonzález contra la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá y las Salas Penales del H. Tribunal Superior de Bogotá y de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, y en su lugar conceder al actor la protección de su derecho fundamental a ser juzgado con la plenitud de sus garantías constitucionales.

En consecuencia declarar la nulidad de todo lo actuado en la investigación y en el juicio adelantados contra el actor por las autoridades judiciales accionadas, a partir del 20 de agosto de 1997, día en que cesó la competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigarlo, en los términos del artículo 235 de la Constitución Política.

Tercero. Devuélvase al despacho de origen el original del expediente contentivo de la investigación y de la causa seguida contra el actor por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Ofíciese.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Sí tenía competencia para investigar a Exministro de minas y energía (Salvamento parcial de voto)

La Corte Constitucional tiene establecido hoy, que cualquier ciudadano puede ser investigado por el Fiscal General, quien puede desplazar a cualquier Fiscal. En este caso concreto, no necesitaba desplazar a nadie, pues ningún otro Fiscal tenía previamente la competencia. El Fiscal General sí tenía la competencia para investigar al Doctor Villamizar, pues era competente desde antes de la ruptura de la unidad procesal, en virtud de la norma arriba invocada; y después de ella, con fundamento en el artículo 251, numeral 3º de la Constitución Política que dice: "Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: ... 3.

Asumir directamente la investigación y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren,...". No se violó, entonces, el debido proceso del Dr. Villamizar; quien tuvo todas las garantías y ejerció plenamente su derecho de defensa.

Referencia: expediente T-1049683

Acción de Tutela instaurada por Rodrigo Villamizar Alvargonzález contra la Fiscalía General de la Nación y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el acostumbrado respeto, debo manifestar que no comparto la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en el asunto de la referencia por las siguientes razones:

Primero, porque creo que el doctor Villamizar, enfermo o en vacaciones, siempre tuvo la categoría de Ministro y eso fue lo que le permitió intervenir en favor de un amigo para que le entregaran una emisora. Eso no lo logra un ciudadano común y corriente en Colombia.

En segundo lugar, este proceso se inició en la Corte Suprema y el Fiscal General de la Nación tenía la competencia para acusarlo ante la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el

artículo 251, numeral 1° de la Constitución Política. Cuando la defensa de Villamizar logró la ruptura de la unidad procesal con anuencia de la Corte Suprema, quedó planteado el dilema de quién debía hacer la instrucción. ¿Podría seguir acusándolo el Fiscal General, quien venía haciéndolo ante la Corte Suprema de Justicia y quien tenía radicada la competencia para hacerlo, con fundamento en el artículo 251, numeral 1° de la Constitución Política?. La Corte Constitucional tiene establecido hoy, que cualquier ciudadano puede ser investigado por el Fiscal General, quien puede desplazar a cualquier Fiscal. En este caso concreto, no necesitaba desplazar a nadie, pues ningún otro Fiscal tenía previamente la competencia. El Fiscal General sí tenía la competencia para investigar al Doctor Villamizar, pues era competente desde antes de la ruptura de la unidad procesal, en virtud de la norma arriba invocada; y después de ella, con fundamento en el artículo 251, numeral 3° de la Constitución Política que dice: “Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: ... 3. Asumir directamente la investigación y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren,...”.

No se violó, entonces, el debido proceso del Dr. Villamizar; quien tuvo todas las garantías y ejerció plenamente su derecho de defensa.

En este caso se está ejecutando una estrategia que busca una prescripción del asunto.

En términos claros, cuando el proceso empiece de nuevo, seguramente no se alcanzará a dictar otra sentencia; y terminaremos con un Ministro condenado y otro absuelto, por el mismo hecho.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 “A ella, la noticia, se refirió el Ex Ministro de Minas y Energía en el comunicado de prensa que en ejercicio de sus funciones expidió el 17 de agosto de 1997; en él reconoce una conversación sostenida con su homólogo de Comunicaciones, advirtiendo que en su desarrollo abordaron el tema de la adjudicación de las frecuencias y puntualizando que “...lo único que hice fue hacer comentarios a favor de periodistas profesionales, ampliamente conocidos en Santiago de Cali, mi ciudad natal” (Resaltado de la Fiscalía)”.

2“(..) cuando el Fiscal General asumió el conocimiento del asunto RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ fungía todavía como Ministro de Estado, pues la referida decisión tiene fecha 20 de agosto de 1997 (...) y de acuerdo con lo afirmado por el propio demandante en casación, y la prueba allegada al proceso (...) VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ dejó el cargo el 20 de agosto de 1997 (...), es decir el mismo día, situación que hacía radicar directamente la competencia para conocer del asunto en el Fiscal General (...)” -Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, I1 de Noviembre de 2003 M. P. Mauro Solarte Portilla-.

3 Fiscalía General de la Nación, Unica Instancia 2916, 21 de julio de 1998.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P. Nilson E. Pinilla Pinilla, 25 de octubre de 2000, proceso 15.273.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, septiembre 13 de 2002, M.P. Humberto Gutiérrez Ricaurte, radicación 053-1999-0092-01.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 11 de noviembre de 2003, M.P. Mauro Solarte Portilla,

8 Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, diciembre 4 de 2001.

9 “La corporación no puede ignorar la naturaleza de las funciones que el artículo 251 de la Carta le asigna al señor Fiscal General de la Nación. El asunto bajo examen —la investigación y acusación de funcionarios con fuero constitucional—, por ejemplo, exige que dada la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal, y de la inmensa responsabilidad política que se encuentra en juego debido a la alta investidura del agente estatal sindicado, las decisiones que se adopten provengan de la inmediata dirección, conocimiento y juicio del fiscal general”- sentencia C- 472 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en esta oportunidad fue declarada inexequible la expresión “o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia”, contenida en el numeral 1. del artículo 17 de la Ley 81 de 1993.

10 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. El Dr. Saulo Arboleda Gómez reclamaba el restablecimiento de sus derechos fundamentales, fundado, entre otras razones, en que la Corte Suprema de Justicia se negó a recaudar algunos testimonios, en tanto admitía otras probanzas, pero la protección le fue negada porque el debate sobre las pruebas se surtió dentro del proceso y fue decidido mediante providencia interlocutoria que no fue recurrida.

11 El artículo 306 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993 disponía: “Oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción. Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación”. El artículo 309 de la Ley 600 de 2000 sobre el punto preceptúa: “El sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en la casación”. Sobre la regulación del punto en la Ley 906 de 2004 consultar los artículos 10 y 339 de la Ley 906 de 2004.

12 Sentencia C-541 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

13 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

14 Sentencia C-621 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido C-776 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en esta oportunidad fue declarado inexequible el numeral primero del artículo 368 de la Ley 600 de 2000 en cuanto imponía al sindicado el deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos para mantener su libertad provisional.

15 El artículo 474 de la Ley 599 de 2000 -publicada el 24 de julio del mismo año, en vigor el mismo día del año siguiente- derogó el Decreto 100 de 1980 Ley 599 de 2000 artículo 476-.

16 “La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas, De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención” -Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1995. Res. 5/96. Caso 10.970 Perú-.

17 Resoluciones 40/32 y 40/146 de 1985.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C-No. 71 (sentencia 31 de enero 2001). Caso Tribunal Constitucional República del Perú.

19 Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, párr. 3.

20 La aplicación rigurosa del derecho a no ser juzgado por tribunales constituidos con ocasión de la conducta, entre otras decisiones, en la sentencia C- 093 de 1993 M(s) P(s) Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

21 Al respecto la sentencia C-392 de 2000 que declaró inexequible el artículo 7º de la Ley 504 de 1999, en cuanto la norma confería al Ministro de Justicia y del Derecho la facultad de variar la radicación de un proceso. Sobre la misma atribución, en vigencia de la justicia regional, la sentencia C-093 de 1993.

22 Sentencia C-594 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido, entre otras decisiones la sentencia C-655 de 1997.

23 Sentencia C-655 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

24 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En igual sentido la sentencia T-932 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

25 Respecto del caso concreto de la competencia para juzgar, previa acusación del fiscal general, a los generales y almirantes de la fuerza pública, expone la sentencia SU-1184 de 2001, a que se hace mención: “Con base en el art. 235 de la Carta, la Corte infiere los siguientes aspectos: 1) Mientras los Generales de la República (cualquiera que sea su rango) se encuentran en ejercicio del cargo, tienen fuero integral y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan²⁵. 2) Si el delito tiene relación con el servicio, la competencia siempre es de la Corte, aún después de cesar en el cargo, y no puede ser investigado o juzgado por la Justicia Penal Militar. Es una excepción a la regla general de que todo delito cometido por un miembro de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio, es de competencia de la Justicia Penal Militar. 3) Cuando el delito que se imputa –trátese de una conducta activa o de una comisión por omisión – es un delito de lesa humanidad o en general constituye una grave violación a los derechos humanos, una vez se desvincule de la categoría de General en servicio activo, le corresponde al Fiscal General o a la Corte, determinar si ese acto que es completamente ajeno al servicio, “...tenía relación con las funciones desempeñadas...” (art. 235, parágrafo C.P.).

26 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

27 M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

28 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 Ver sentencia C-111 de 2000.

30 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se trata de la tutela interpuesta por una persona afiliada a una Cooperativa contra la cooperativa, por cuanto le fue iniciado proceso disciplinario como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales en contra de la entidad, desconociendo los estatutos internos que exigían un trámite interno o conciliatorio previo.

31 En igual sentido T-544 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

32 Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

33 Sentencias C-444 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000.

34 M.P. Hernando Herrera Vergara.

35 Sentencia C-036 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

36 Sobre la doble instancia, se pueden consultar, entre otras las sentencias C-019 de 12993, C-017, y 430 de 1996, C-484 y 784 de 2002, C-873 de 2003, C-248 y 561 de 2004, entre otras.

37 Sobre el tema Sentencia C-036 de 1996 -artículo 27 Ley 270 de 1996-.

38 Artículo 125 Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, en igual sentido artículo 119 Ley 600 de 2000.

39 “Después de la reforma aprobada mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación (...)”

(a) Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías (...), (b) El numeral 2 del artículo 250, con posterioridad a la reforma, permite a la Fiscalía General de la Nación imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones. (...) (c) El numeral 3 del nuevo artículo 250 constitucional asigna una función específica a la Fiscalía que no estaba prevista expresamente en el texto de 1991, a saber, la de “asegurar los elementos materiales probatorios” (...) , (d) Con posterioridad a la reforma, en el numeral 4 del artículo 250 Superior se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas,

contradicitorio, concentrado y con todas las garantías” – acusación que no es vinculante para el juez (..), (e) El numeral 5º, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluídas las investigaciones penales en los casos en que no exista mérito para formular una acusación, (..) Ahora, la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía (..) (f) El numeral 6 del artículo 250 reformado también constituye una modificación importante del texto original de este artículo, puesto que corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía (..) (g) En el numeral 7 del artículo 250 enmendado se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la función de velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal, pero se adiciona a esta lista a los jurados, que ahora intervendrán en la función de administrar justicia en el ámbito criminal. Debe ser el Congreso quien precise cuál es la diferencia entre esta atribución de la Fiscalía, y la que consagra el numeral 6 del mismo artículo reformado, según se reseñó en el literal precedente (..) De esta manera, el Acto Legislativo que se estudia supone una modificación considerable en la enunciación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación- Ib”.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal sentencia de 17 de abril de 1995, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.

41 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

42 Sentencia C-873 de 2003 ya citada.

43 Sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Ibidem. Este pronunciamiento obedeció a la confrontación con la Carta Política de la facultad conferida al Fiscal General para designar fiscales delegados especiales y al Vice Fiscal para actuar en esa calidad prevista en los artículos 1º 6 artículo 17, numeral 3, el numeral 5º del artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000 y en el numeral 3 del artículo 116 y 112 de la Ley 600 de 2000, entre otros cargos, porque “los mandatos de independencia, imparcialidad y autonomía de la administración de justicia, (..) resultan desconocidos por la figura misma de los Fiscales Delegados Especiales, que por su carácter de jueces ad hoc o ex

post facto pueden terminar por seguir “las directrices o insinuaciones que pueden acompañar la designación”, lo cual “implica fatídicamente un seguro desconocimiento de trascendentales principios integradores del juez natural: su independencia y su imparcialidad”.

45 Sentencia C-775 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.