

Sentencia T-1035/04

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Vulneración al debido proceso por no haber notificado al imputado conocido de la investigación previa

La vía de hecho se configuraría por haberse omitido la comunicación o notificación al aquí demandante durante la etapa preliminar, pues en ella existieron testimonios en su contra; y siendo él una persona pública en el Departamento de Arauca, no era posible alegar que se trataba de un imputado desconocido a quien fuera necesario identificar plenamente o localizar, pues también su lugar de ubicación era de público conocimiento. De esta manera, con este comportamiento omisivo la Fiscalía habría vulnerado su derecho al debido proceso, específicamente las garantías de defensa y contradicción probatoria que hacen parte de él, pues reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha afirmado que en la fase de investigación preliminar, existiendo imputado conocido, es necesario comunicarle o notificarle la existencia de la investigación que se sigue en su contra, a fin de garantizarle el ejercicio del derecho mencionado.

INVESTIGACION PREVIA-Práctica de pruebas

DEBIDO PROCESO-Notificación como núcleo esencial del debido proceso y medio de conocimiento sobre existencia del proceso

RESOLUCION DE APERTURA DE INVESTIGACION PREVIA-Deber de notificación al imputado conocido

DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO EN INVESTIGACION PREVIA-Ejercicio aunque no es sujeto procesal

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

No cabe duda a la Sala respecto de la existencia de otros mecanismos alternos a la acción de tutela de los cuales el aquí demandante puede hacer uso en defensa de los derechos fundamentales que estima lesionados. De esta manera, en principio la presente acción resultaría improcedente dado su carácter eminentemente residual.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Respecto de la acción de tutela cuando es utilizada en su modalidad de mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la existencia de otro medio judicial ordinario no es óbice para que pueda ser instaurada, sino que por el contrario, “el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable.” No obstante, para que esta modalidad de la acción de tutela sea procedente, requiere la presencia coetánea de dos circunstancias, a saber: (i) el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable en que se encuentra el actor, y (ii) la ineficacia del medio judicial ordinario para conjurar dicho riesgo, circunstancias ambas que deben ser evaluadas por el juez desde la perspectiva de las circunstancias particulares de cada caso.

Referencia: expediente T-943650

Peticionario: Federico Gallardo Lozano

Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.

Tema: Notificación del imputado conocido.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C. veintiuno (21) de octubre de dos mil cuatro (2004)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida por la h. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el día nueve (9) de julio de 2004.

## I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

### 1. Solicitud

El señor Héctor Federico Gallardo Lozano solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción probatoria y libertad individual, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación (concretamente en contra del doctor Ariel Martínez Pineda, Fiscal Delegado ante el DAS, la doctora Deicy Jaramillo Rivera, Fiscal 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados -Unidad de Terrorismo- y el doctor Carlos Gordillo Lombana, Fiscal 15 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá), al no haberle notificado ni comunicado la apertura de la investigación preliminar que se adelantaba en su contra, a pesar de estar completamente identificado y conocerse su residencia.

Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

1. El día 15 de julio de 2003 funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS remitieron al fiscal especializado ante el DAS un informe de judicialización de presuntos integrantes del Frente Domingo Laín del ELN en Arauca, en el que bajo gravedad de juramento se afirmaba que a través de manifestaciones hechas por algunas personas se había tenido conocimiento de “la existencia de miembros del Domingo Laín Sáenz del grupo terrorista del ELN infiltrados en las diferentes administraciones gubernamentales con el fin de canalizar los recursos del Estado para el financiamiento de esa organización criminal...”<sup>1</sup>

2. Con base en dicho informe, el 16 de julio siguiente la Fiscalía Especializada Delegada ante el DAS procedió a proferir resolución de apertura de investigación previa, solicitando, entre otras cosas “Impertir los avisos de Ley”.<sup>2</sup>

3. En ese mismo auto se dispuso comisionar por un término de 60 días al Grupo de Apoyo

Operativo del DAS para que adelantara las labores de inteligencia y de policía judicial, y se ordenó que por Secretaría se hicieran “las comunicaciones del caso”3.

4. En obediencia del anterior proveído, la Secretaría solicitó a la Oficina de Radicación la asignación de un número de radicación para la apertura de la investigación preliminar, “sin suministrar imputados conocidos refiriéndose sin embargo a que el delito era el de Terrorismo”4.

5. La Oficina de Radicación informó que el número de radicación era el 61.159, “con averiguación de responsables, por el delito de terrorismo”5.

6. Por disposición del fiscal, los instructores recibieron bajo juramento declaraciones de varias personas, quienes fueron coincidentes “en asestar manifestaciones incriminatorias contra el accionante, y contra otros ciudadanos.6”

7. Todos los testimonios incriminatorios mencionados fueron recaudados durante la etapa procesal de la investigación previa, en ausencia del aquí demandante o de su defensor , y sin que les fuera notificada o comunicada la existencia de la etapa preliminar, a pesar de conocerse su identidad, individualidad, ubicación, labores y residencia, tanto en la ciudad de Arauca como en Bogotá.

8. Desde la primera declaración incriminatoria el aquí demandante fue nombrado en calidad de ex gobernador y ex secretario de obras públicas del Departamento de Arauca, entre otros empleos.

9. El 29 de septiembre de 2003, el jefe del Grupo de Apoyo Operativo del DAS remitió al Fiscal Delegado ante el DAS la investigación preliminar con el informe respectivo, “en el cual resumidamente se indican los nombres de las personas que inicialmente declararon en dicha investigación formulando imputaciones penales de alta gravedad social, la búsqueda de identificación e individualización de los enunciadados, y la existencia de otros procesos adelantados contra presuntos guerrilleros del ELN, además en contra del entonces alcalde de Arauca JORGE CEDEÑO PARALES.”7

10. El 16 de octubre de 2003, encontrándose la investigación en preliminares, se abre cuaderno con los anexos del informe del Grupo de Apoyo Operativo del DAS, en donde

aparece la fotografía del aquí demandante junto con la tarjeta dactilar de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y con las de las demás personas que fueron vinculadas a la investigación.

11. Dentro del cuaderno de copias aparece la ratificación y ampliación de los funcionarios investigadores, quienes afirman que una vez recibidos los testimonios procedieron a individualizar y a identificar plenamente a las personas mencionadas por los testigos.

12. Uno de los funcionarios investigadores, en el mismo documento, manifiesta lo siguiente: “Sí participé haciendo diferentes verificaciones, viajamos a Arauca, haciendo las respectivas labores de inteligencia como ubicación de direcciones...”

14. El mismo 17 de octubre de 2003, el Fiscal Delegado ante el DAS decreta la apertura de la instrucción basándose en los informes de los funcionarios del Grupo de Apoyo Operativo del DAS, se decretan unas pruebas y se ordena vincular mediante diligencia de indagatoria a varias personas, entre ellas al aquí tutelante.

15. También 17 de octubre de 2003, el Fiscal Delegado ante el DAS decreta las diligencias de allanamiento y registro de varios inmuebles ubicados en Bogotá, Arauca y TAME, para efectos de llevar a cabo las capturas dispuestas en esa misma fecha, hecho que respecto del aquí tutelante, tuvo lugar el día 21 de octubre en las horas de la madrugada, en su residencia ubicada en la ciudad de Bogotá.

16. De lo anterior colige el demandante que todos los vinculados al plenario se encontraban debidamente individualizados y se conocía el sitio exacto de sus residencias. La investigación, además, se llevó a cabo en el Departamento de Arauca, región en la cual todos tenían vínculos y la mayoría eran personas públicas. En el caso particular del actor, había sido Gobernador del Departamento, por lo cual no se podía aceptar que en la etapa preliminar no se tenían imputados conocidos. Así pues, todas las actuaciones adelantadas antes de la captura “se llevaron a cabo en forma reservada y con el más sigiloso secreto”, tanto así que los procesados sólo fueron enterados del proceso cuando, después de las capturas, rindieron la respectiva indagatoria.

El aquí demandante reitera que desde el inicio de la investigación preliminar fue imputado conocido, debido a que es persona pública en el Departamento de Arauca, por haber

ocupado diversos cargos públicos y por haber sido un hecho notorio un secuestro de que fue víctima; adicionalmente, se encuentra casado con la propietaria del establecimiento de comercio “La Cabaña Moderna”, que comercializa electrodomésticos e implementos para el hogar y la oficina.

17. En la actualidad y desde la fecha de la captura, el actor se encuentra privado de la libertad a disposición de la Fiscal 20 especializada delegada ante los jueces penales especializados del Circuito, funcionaria que, con base en los testimonios de cargo vertidos por los testigos antes mencionados, dictó en su contra medida de aseguramiento, inicialmente por el delito de “concierto para delinquir”, decisión que cambió posteriormente cuando modificó la situación jurídica, calificándola específicamente como “rebelión”.

18. Dentro de la etapa sumarial, el apoderado del aquí demandante presentó solicitud de nulidad de todo lo actuado desde antes de la apertura de la investigación formal, aduciendo violación del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción probatoria, basado en la no notificación ni puesta en conocimiento de la etapa preliminar a los procesados, a pesar de existir imputados conocidos. Dicha petición fue negada por la Fiscal de conocimiento, indicando que no procedía la notificación de la resolución de apertura de investigación preliminar, pues, a su parecer no existían imputados conocidos, toda vez que la única actuación que precedía a dicho proveído era el informe del Grupo de Apoyo Operativo del DAS, en el cual no se mencionaban imputados conocidos.

19. El auto que negó la nulidad fue objeto del recurso de alzada ante el

Fiscal delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, funcionario que confirmó la decisión de primera instancia, considerando que el a quo tenía razón, porque en la fase preliminar del proceso no se tenían imputados conocidos a quienes notificar la investigación.

20. Por desconocer la garantía constitucional y legal del debido proceso, el derecho a la contradicción probatoria y el principio de publicidad, el también investigado JORGE CEDEÑO PARALES interpuso acción de tutela que fue conocida por la h. Corte Suprema de Justicia, que se pronunció el 25 de marzo de 2004 acogiendo los planteamientos del entonces accionante, indicando que los funcionarios de la Fiscalía habían vulnerado derechos y garantías fundamentales, pero que el demandante podía ejercer las acciones y recursos procesales

establecidos por el Código de Procedimiento Penal.

Como argumentos de derecho en pro de la prosperidad de la presente acción de tutela, el accionante manifiesta que él reclamó la protección de sus derechos por los mecanismos previstos en el Código de Procedimiento Penal, sin haber sido atendido ni por el Fiscal de instancia, ni por su superior jerárquico funcional inmediato. En tal virtud, por no contar con otro mecanismo de defensa judicial, afirma que para su caso sí debe estar llamado a prosperar el recurso de amparo que invoca a través de la presente acción.

Agrega que tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Suprema de Justicia han afirmado que si bien el artículo 23 de Código de Procedimiento Penal señala que durante la investigación previa las diligencias son reservadas y sólo pueden ser conocidas por el defensor del imputado que rindió versión libre, tal disposición debe ser entendida en el sentido según el cual, antes de que se rinda la versión, al imputado conocido debe informársele sobre la iniciación de la indagación preliminar, a fin de pueda presentar su versión libre, y hacer uso del derecho de defensa y contradicción probatoria.<sup>8</sup>

En cuanto a lo sostenido por la Fiscal de conocimiento y por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al desatar en primera y segunda instancia, respectivamente, la solicitud de nulidad por violación del debido proceso, el accionante manifiesta que no es cierto que durante la investigación preliminar no existieran imputados conocidos. Sobre este punto afirma que “si bien es cierto que para el momento de la apertura de la investigación previa (16 de julio de 2003), no se consignaban los nombres de los ciudadanos a investigar, se infieren los mismos, cuando se manifiesta que se trata de infiltrados en las diferentes administraciones gubernamentales, además que son recepcionados (sic) testimonios dentro de esta preliminar a personas que hacen cargos criminales hacia personas en particular, fácilmente identificables, por tratarse de ciudadanos públicos dentro de la sociedad araucana”<sup>9</sup>. Por lo anterior, estima que no hay duda acerca de la existencia de imputados conocidos durante la investigación preliminar, que debieron haber sido notificados del averiguatorio<sup>10</sup>. Sostiene que desde el día 17 de julio de 2003 empieza a aparecer en el expediente su nombre completo, la mención de los cargos que ha ocupado, la referencia al establecimiento de su esposa, etc.

Se refiere también el demandante al pronunciamiento hecho por la Sala Penal de la h. Corte

Suprema de Justicia al resolver la acción de tutela interpuesta por Jorge Cedeño Parales, investigado conjuntamente con el aquí demandante durante la misma investigación preliminar. En esa oportunidad la Corte afirmó: “En el caso se estudia se advierte, contrario a lo señalado por los Fiscales que han intervenido en el proceso que se adelanta en contra del accionante, que se conocía su identidad desde los albores mismos de la indagación preliminar, por cuanto las mismas declaraciones recibidas por el Fiscal que la ordenó señalaban a Jorge Cedeño Parales como uno de los enlaces de la administración con el grupo guerrillero ELN.... Luego la omisión en que incurrió el Fiscal Especializado adscrito al DAS, que fuera convalidada por los demás funcionarios, desconoció el debido proceso y cercenó el derecho de defensa...”<sup>11</sup>

Por todo lo anterior el accionante estima que se configuró una vía de hecho por defecto sustantivo, vía de hecho iniciada por la omisión en la comunicación o notificación de la investigación preliminar, y posteriormente configurada en las decisiones que negaron la declaratoria de nulidad planteada, con abierto desconocimiento del derecho al debido proceso. Estima además, que habiendo interpuesto los recursos que cabían contra la decisión que negó la solicitud de nulidad, carece de otro mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela. No obstante lo anterior, afirma que dado que al momento de interponer la acción de tutela, el proceso se encontraba en la decisión de los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución que calificó el merito de la investigación, cuyo trámite se demora más de seis meses, “invoca la protección inmediata de los derechos fundamentales que continúan siendo vulnerados, así sea como mecanismo transitorio, hasta tanto no se pronuncie el Juez de Conocimiento sobre la violación tantas veces aludida.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el demandante solicita que se declare que la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y contradicción probatoria y a la libertad individual. En tal virtud, pide que se decrete la nulidad de las actuaciones surtidas en el sumario N° 61.159, seguido en su contra, a partir inclusive de la apertura de la investigación formal, que se proceda a ordenar la notificación de la apertura de la investigación preliminar, y que se ordene a los demandados levantar la medida restrictiva de la libertad.

Finalmente, el accionante solicita que se le reconozcan efectos inter partes al pronunciamiento que haga el juez de tutela, de manera que cobije a las demás personas

afectadas por la investigación.

## 2. Traslado de la demanda.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia corrió traslado de la anterior demanda al doctor Ariel Martínez Pineda, Fiscal Delegado antes el DAS, al doctor Carlos Gordillo Lombana, Fiscal Quince Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y a la doctora Deicy Jaramillo Rivera, Fiscal Veinte delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, a fin de que de manera inmediata, si lo consideraban pertinente, manifestaran lo que a bien tuvieran en relación con los hechos y pretensiones de la demanda.

El traslado fue descrito por la doctora Deicy Jaramillo Rivera, Fiscal Veinte Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, quien, en memorial fechado el 2 de junio de 2004, informó al juez de tutela, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Que mediante resolución de julio 16 de 2003 la Fiscalía Delegada ante el DAS dispuso la apertura de la investigación preliminar a que se refiere la presente acción de tutela.
2. Que agotada la fase preliminar en los términos del artículo 322 del C.P.P., con base en el informe suscrito por el Jefe del Grupo de Apoyo Operativo del DAS de fecha 16 de octubre de 2003, en el que se identificaba e individualizaba a varias personas cuyos nombres y/o apellidos o sus rasgos físicos habían sido mencionados por testigos que declararon durante la investigación, dichas personas fueron vinculadas a la investigación mediante resolución de apertura de la investigación fechada el 17 de octubre de 2003.<sup>12</sup> Se vincularon sesenta y cinco personas, de las cuales once se encuentran detenidas, entre ellas el actor dentro de la presente tutela.
3. Que el día 24 de octubre de 2003 fue escuchado en indagatoria el aquí tutelante, y que mediante resolución de noviembre 4 de 2003 “se resolvió su situación jurídica por los delitos de concierto para delinquir y rebelión”.
5. Que la investigación fue asignada al su despacho (Despacho Veinte ante la Fiscalía Delegada ante los Jueces de Circuito Especializados, Sub Unidad de Terrorismo) por el Fiscal General de la Nación, doctor Luis Camilo Osorio Izasa.

6. Que mediante auto de 24 de octubre de 2003, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá negó el recurso de Habeas Corpus formulado por el aquí tutelante.

7. Que mediante resolución de febrero 4 de 2004 se modificó la adecuación típica de la conducta, en el sentido de considerar únicamente el delito de rebelión.

8. Que el ciclo investigativo se clausuró mediante resolución de 10 de febrero de 2004, contra la cual se interpuso recurso de reposición. Por solicitud de los sujetos procesales el Despacho accedió a prorrogar hasta el 23 de marzo el término del traslado para la presentación de los alegatos de conclusión.

Intervino también el doctor Oscar Hernández Castro, Fiscal 19 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, a quien como consecuencia del traslado del Fiscal 20 delegado le fue repartido el proceso seguido en contra del aquí accionante.

En su intervención, el Fiscal 19 Delegado informa que el proceso se encuentra al despacho para resolver algunos recursos de apelación, entre ellos uno interpuesto contra la resolución de acusación. (No indica quién interpuso este recurso).

El escrito menciona también la decisión adoptada por la Fiscalía 15, que en segunda instancia resuelve negativamente la solicitud de nulidad presentada por el aquí demandante, de la cual anexa copia. En la misma se leen los siguientes argumentos que sirvieron al Fiscal 15 delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá para confirmar la negativa a dicha solicitud de nulidad:

“Es cierto, conforme lo señala el recurrente, que en desarrollo de esa fase de indagación preliminar y concretamente con ocasión de la prueba testimonial recaudada, surgió la mención de plurales personas vinculadas a los hechos averiguados, entre ellas ... Federico Gallardo Lozano..., que junto con otros varios resultaron vinculados tras la apertura formal de la investigación, sin el previo enteramiento de la existencia de la indagación previa y los cargos que en ella habían surgido en su contra.

...

“La nulidad propuesta se fundó en el hecho de que previa apertura formal de la investigación y en desarrollo de la indagación previa iniciada, surgieron cargos en contra de una pluralidad

de personas ... con lo cual se cumplía la condición legal del IMPUTADO CONOCIDO a partir de la cual se hacía obligatorio el enteramiento de los mismos para salvaguardar la garantía e la defensa.

...

“Si la obligación Estatal radica en el necesario ENTERAMIENTO al IMPUTADO de la existencia de la investigación preliminar y de los cargos que en ella se le hacen, vale la pena detenerse acá para auscultar, frente a la ley, si por IMPUTADO puede tenerse a aquel a quien simplemente se ha citado con la mención de su nombre, sin datos adicionales de identificación, tanto más cuando a lo que se aviene la garantía de la defensa en etapa preliminar es a permitir al IMPUTADO conocer de ella y los cargos y solicitar que se le escuche de inmediato en versión libre.

...

“Si por mandato expreso del artículo 344 de la Ley 600 de 2000 “EN NINGÚN CASO SE VINCULARÁ A PERSONA QUE NO ESTÉ PLENAMENTE IDENTIFICADA”, esa que regla alude a la fase de investigación propiamente dicha y refiere por lo mismo al SINDICADO, es también predicable de la fase de investigación preliminar con relación al simplemente IMPUTADO.

“El nombre y apellido no individualiza per se a la persona, pues es apenas un factor que sumado a otros conlleva a ese cometido. Pretender que la obligación Estatal de enterar al IMPUTADO de la existencia de la investigación preliminar y de los cargos que en ella figuran, surja de la simple mención de su nombre, sin la previa y plena identificación del mismo, el establecimiento de su ubicación o siquiera con su individualización, es una proposición que choca con la estructura del proceso en la medida en que con ella se afronta (sic) al funcionario a cometidos imposibles que por lo demás bien podrían trascender hacia afectaciones de los derechos de terceros ajenos a la investigación.

...

“En el caso de la especie resulta cierta la proposición del impugnante en el sentido de que sus defendidos y otros varios fueron mencionados por los testigos del cargo en los labores de la investigación preliminar. Esas informaciones sirvieron al Personal de Policía Judicial que

asesoraba la instrucción, a los que por demás había impartido orden de trabajo el primigenio Fiscal Instructor del asunto, para cumplir la disposición tercera de la resolución de apertura de investigación previa orientada a la individualización e identificación plena de las personas que resultaran autoras o participes del delito averiguado, trabajos cuyos resultados presentaron al funcionario con informe de octubre 16 de 2003... con el que se INDIVIDUALIZA E IDENTIFICA a ciento diez personas... informe que sirvió de sustento de la resolución de apertura formal de investigación decretada el día 17 del mismo mes y año, esto es al día siguiente en que se allegó dicha información.

“Implica lo dicho que la condición de IMPUTADOS CONOCIDOS a partir de la cual surgía la obligación de enterramiento de la obligación preliminar y de los cargos que les figuraban, se consolidó apenas con ocasión del informe de Policía Judicial de octubre 16 de 2003, en el que se aportaron, además de sus nombres y apellidos completos, copia de sus documentos de identificación, decadactilar con datos de filiación y ubicación y fotografía, solo que con dicho informe dio el Instructor por terminada la fase de indagación previa y decretó la formal apertura de la investigación y su vinculación al proceso mediante injurada.

“Cumplido ese requisito sine qua non habría habido lugar al enterramiento que reclama el defensor disidente, pero como lo ocurrido fue que en lugar de proseguir las pesquisas en fase preliminar, de inmediato se procedió a abrir formalmente averiguación, de ello emerge diáfano que el argumento esbozado queda fuera de contexto, tanto más si con la decisión última comentada se abrió el debate frente a los sujetos procesales que han hecho desde entonces uso de la defensa técnica y material...

“Las razones con que la funcionaria a quo contestó la solicitud de nulidad propuesta por el defensor común... fueron entonces acertadas y ceñidas a la realidad procesal.”<sup>13</sup>

### 3. Pruebas obrantes dentro del expediente

- a. Copia de la Sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al decidir la acción de tutela incoada por Jorge Apolinar Cedeño Parales.
- b. Copias del proceso N° 61.159, en el cual se surtieron la actuaciones que suscitan la presente acción de tutela.

- c. Copia del oficio FEDAS del 16 de octubre de 2003 .
- d. Petición de nulidad interpuesta por abogado defensor del aquí demandante dentro del sumario 61159.
- e. Copia de las decisiones de primera y segunda instancia mediante las cuales se resuelve la petición de nulidad mencionada.
- f. Certificaciones relativas al desempeño en diversos cargos públicos del aquí demandante en el Departamento de Arauca.
- g. Copias de los certificados de nacimiento de los hijos del aquí tutelante.
- i. Certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio denominado “La Cabaña Moderna”.
- j. Recortes de prensa alusivos al secuestro del aquí accionante por parte del grupo insurgente ELN.
- k. Memorial remitido el 14 de octubre de 2004 por la doctora Deicy Jaramillo Rivera, Fiscal Veinte Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, informando al Despacho del magistrado sustanciador el estado actual del proceso penal que se adelanta contra el aquí demandante.

## II. ACTUACIÓN JUDICIAL

Sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Mediante Sentencia proferida el 9 de junio de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar por improcedente al acción de tutela interpuesta por Héctor Federico Gallardo Lozano.

En sustento de esta decisión consideró que las características constitucionales de la acción de tutela impedían utilizarla con el propósito de que el juez de amparo interviniera indebidamente en las decisiones adoptadas en el curso de los trámites judiciales, pues ello iría en detrimento de los principios de independencia y autonomía que orientan la Administración de Justicia, a que se refiere el artículo 228 de la Carta. Empero, de la anterior

regla general se excluía el caso en el que la decisión judicial configurara una vía de hecho por conculcar derechos fundamentales, sin disponer el lesionado de otro medio de defensa, o cuando teniéndolo se utilizara la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Entrando a examinar el caso concreto sometido a decisión, la Sala Penal consideró que en esa oportunidad carecía de competencia para acceder a las pretensiones del demandante, porque ello constituiría una invasión en la órbita de competencia del funcionario de conocimiento y por ende una infracción al principio de independencia judicial. Para arribar a esa conclusión estimó que la solicitud de amparo estaba encaminada a continuar el debate sobre la procedencia de la nulidad invocada al interior de la investigación adelantada en su contra, en la cual se le habían brindado las garantías inherentes a su condición de sindicado, como quiera que se le había permitido el libre ejercicio de la densa técnica y material “a través de peticiones, recursos, solicitudes de nulidad, acción de habeas corpus, control de legalidad sobre la medida de aseguramiento, etc.; ha hecho uso del contradictorio probatorio en punto de los testimonios que particularmente comprometen su responsabilidad, y han sido oportunamente atendidas sus solicitudes de libertad”. Por ello, sostuvo la Sala Penal, resultaba impertinente predicar la vulneración de esas garantías, máxime cuando ante sus solicitudes siempre había recibido respuestas en donde las decisiones estaban fundamentadas con base en fundamentos jurídicos y fácticos detalladamente expuestos. Por todo lo anterior, sostuvo el fallador de instancia que no se observaba de qué manera las Fiscalías Especializadas ante el DAS, la Fiscalía 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados o la 15 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá podrían haber afectado los derechos fundamentales invocados.

Adicionalmente, la Sala sostuvo que, contrario a lo afirmado por el accionante, sí tenía otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la eventual vulneración de los derechos que estimaba desconocidos, pues contaba “con la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad en la etapa del juicio, conforme lo dispone el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal”. Así, si el actor había hecho uso de los medios defensivos para hacer valer sus derechos al interior de la actuación en curso, y si estaba en la posibilidad de continuar haciéndolo, la acción de tutela devenía improcedente.

El fallo anterior no fue objeto de impugnación.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

#### 2. Procedencia de la presente acción.

2.1. La presente acción en cuanto se dirige contra la actuación de la Fiscalía General de la Nación, al no haberle notificado ni comunicado al demandante la apertura de la investigación preliminar que se adelantaba en su contra, a pesar de estar plenamente identificado y conocerse su residencia.

La presente acción pretende cuestionar la actuación judicial de la Fiscalía General de la Nación, surtida dentro del proceso penal seguido en contra del accionante. Así pues, como cuestión inicial corresponde la Sala definir si el juez de tutela es competente o no para decidir la presente acción, en cuanto se dirige en contra de una actuación judicial de la Fiscalía, consistente en no haberle notificado al demandante que en su contra se adelantaba una investigación preliminar.

En principio las providencias judiciales no pueden ser impugnadas a través del ejercicio de la acción de tutela. En efecto, mediante la Sentencia C-543 de 199214 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que admitían la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Empero, también es cierto que en dicho pronunciamiento se dejó abierto el ejercicio de esa acción cuando tales providencias, por resultar manifiestamente contrarias al orden jurídico, pueden ser calificadas como “vías de hecho”. Ciertamente, sobre el particular se afirmó:

“... nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe

con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.<sup>15</sup>

Así pues, si bien la Sentencia parcialmente transcrita consideró inconstitucional la acción de tutela intentada contra sentencias judiciales, avaló en cambio la utilización de la misma acción contra actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, actuaciones que posteriormente la jurisprudencia llamó, “vías de hecho”. Por lo anterior, la Corte ha dicho que aunque “es cierto que, a partir de la decisión C-543/92, desaparecieron del orden jurídico nacional los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, dedicados a regular de manera expresa la tutela contra sentencias; no obstante, del mismo fallo y de las providencias subsiguientes, ha surgido en el país una sólida jurisprudencia que resalta con precisión los alcances de la acción constitucional del artículo 86, cuando se entabla para enervar conductas “de facto”, contenidas en aparentes decisiones jurídicas.”<sup>16</sup>

En tal virtud, esta Sala de la Corte tiene competencia para examinar la acusación formulada en la demanda, para constatar si, como en ella se afirma, la actuación judicial de la Fiscalía General de la Nación, surtida dentro del proceso penal seguido en contra del accionante, consistente en no haberle notificado que en su contra se adelantaba una investigación preliminar, se erige o no en una vía de hecho.

2.2. La presente acción y la existencia de otros medios de defensa judicial llamados a desplazarla.

Conforme lo prescribe el artículo 116 superior, la acción de tutela “solo procederá cuando el

afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Así pues, en el presente caso no basta que la acción de tutela sea admisible para verificar que la actuación de la Fiscalía no se erija en una vía de hecho, como el accionante sostiene que sucede, sino que para que la Sala pueda entrar a estudiar el asunto es menester que el actor no tenga a su disposición otro mecanismo de defensa judicial, o que, teniéndolo, éste no resulte adecuado para la defensa inmediata de sus derechos, de modo que esté expuesto a sufrir un perjuicio irremediable.

De esta manera, como cuestión previa esta Sala debe constatar si, como lo afirmó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el presente caso el accionante tenía o tiene expedito otro medio de defensa para lograr la protección de sus derechos.

2.2.1. La vía de hecho que denuncia el demandante, y los mecanismos de defensa judicial procedentes contra la actuación que la configuraría:

2.2.1.1. La vía de hecho que denuncia el demandante se produciría por cuanto a pesar de ser imputado conocido, durante la investigación preliminar no fue notificado de la existencia de una investigación en su contra, impidiéndosele en esta etapa ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Para fundamentar su demanda relata que con base en un informe rendido bajo la gravedad de juramento, el 16 de julio de 2003 la Fiscalía Especializada Delegada ante el DAS profirió resolución de apertura de investigación preliminar. Esta etapa procesal se prolongó hasta el 17 de octubre del mismo año, es decir por espacio de 60 días, durante los cuales, en ausencia suya o de su defensor, fueron recibidos los testimonios que lo incriminaban, sin que le fuera notificada o comunicada la existencia de esta etapa preliminar, a pesar de conocerse su identidad, individualidad, ubicación, labores y residencia, tanto en la ciudad de Arauca como en Bogotá. Para el 16 de octubre de 2003, dice el actor que empieza a aparecer en el expediente su fotografía y la tarjeta dactilar de la Registraduría Nacional del Estado Civil, junto con las de las demás personas que fueron vinculadas a la investigación. Posteriormente, el 17 de octubre de 2003, el Fiscal delegado ante el DAS decretó la apertura de la investigación previa y ordenó vincular mediante diligencia de indagatoria a varias personas, ente ellas al aquí tutelante. El mismo 17 de octubre de 2003, dicho fiscal delegado

ante el DAS decretó también las diligencias de allanamiento y registro de varios inmuebles ubicados en Bogotá, Arauca y TAME, para efectos de llevar a cabo las capturas dispuestas en esa misma fecha, hecho que, respecto del actor, tuvo lugar el día 21 de octubre en las horas de la madrugada, en su residencia ubicada en la ciudad de Bogotá.

Así pues, la vía de hecho se configuraría por haberse omitido la comunicación o notificación al aquí demandante durante la etapa preliminar, pues en ella existieron testimonios en su contra; y siendo él una persona pública en el Departamento de Arauca, no era posible alegar que se trataba de un imputado desconocido a quien fuera necesario identificar plenamente o localizar, pues también su lugar de ubicación era de público conocimiento. De esta manera, con este comportamiento omisivo la Fiscalía habría vulnerado su derecho al debido proceso, específicamente las garantías de defensa y contradicción probatoria que hacen parte de él, pues reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha afirmado que en la fase de investigación preliminar, existiendo imputado conocido, es necesario comunicarle o notificarle la existencia de la investigación que se sigue en su contra, a fin de garantizarle el ejercicio del derecho mencionado.

2.2.1.2. Ahora bien, ciertamente esta Corporación ha sentado la jurisprudencia a que alude el demandante. En efecto, en diversos pronunciamientos la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la efectividad de las garantías propias del derecho al debido proceso durante la etapa de indagación preliminar<sup>17</sup> y posteriormente en la de investigación previa.<sup>18</sup> En la sentencia C-836 de 2002<sup>19</sup>, la Corte hizo el recuento de algunos de estos fallos, en los siguientes términos:

“- Mediante Sentencia C- 150 de 1993<sup>20</sup> la Corte recordó que el derecho al debido proceso, y especialmente el de contradicción de la prueba dentro del proceso penal, tenían efectividad durante la etapa de investigación previa, pues el constituyente no había introducido excepciones al respecto:

“En materia penal el proceso se desarrolla a través de las etapas de investigación previa, instrucción y juzgamiento, y en las tres se aportan pruebas que deben ser conocidas y controvertidas por los sujetos procesales.

“...

“Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial.

“Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues éste también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.”

“Las anteriores consideraciones fueron vertidas para fundamentar la decisión de inexecutable parcial de los artículos 7º, 251, 272 y 342 del anterior Código de Procedimiento Penal, en la medida en que consagraban restricciones al derecho de contradicción al autorizar, durante la etapa de la investigación previa, la existencia de excepciones al principio rector de la controversia probatoria, de la presentación de pruebas durante todo el proceso, o de la publicidad de la prueba.

- En la Sentencia C-412 de 199321, al estudiar el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991 que se refería a la duración de la etapa de investigación previa sin señalar para ello un término fijo, la Corte concluyó que la disposición era inexecutable fundamentando esta decisión en las siguientes consideraciones, entre otras:

“El principio contradictorio se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima a la función investigativa y sancionadora del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela, del imputado de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia

del hecho, su tipicidad, la procedibilidad de la acción, o, en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad. (C de P.P. art. 327).

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

“...

“Dado que la recepción de la versión libre es una facultad potestativa de la fiscalía, puede darse el caso de una persona que sea investigada por el Estado, sin que ésta tenga conocimiento oportuno de esa circunstancia, de la cual sólo conocerá más tarde cuando se la vincule a la investigación o al proceso y se haya eventualmente acumulado en su contra un acervo probatorio que dificulte o haga materialmente imposible su defensa.

“En esta hipótesis el desequilibrio Estado-investigado es manifiesta. La utilización de los medios que tiene el Estado en la etapa de la investigación previa se han ejercido con el único objetivo de potenciar al máximo su función investigativa y punitiva, más allá de la simple averiguación de los presupuestos mínimos de la acción penal, excluyendo y nulificando en la práctica toda posibilidad de contrapeso efectivo por parte del investigado, en este caso colocado ad portas de parte sindicada expuesta a una ardua y desigual defensa.

“El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso - previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo.”  
(Negrillas fuera del original)

“-En sede de tutela, en la Sentencia T- 181 de 199922 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo del derecho al debido proceso de una persona imputada de la comisión de un delito, a quien no se le había escuchado en versión libre pese a haberlo solicitado, a quien la resolución de apertura de investigación previa no le había sido notificada pese a ser imputado conocido y respecto de quien la investigación previa se había prolongado por más de 10 meses. Para tomar la decisión la Corte estudió, entre otros temas, y si era facultativo del funcionario instructor notificar la resolución de apertura de la investigación previa, cuando el imputado fuera conocido.

Sobre este último punto, reiterando los conceptos vertidos en la Sentencia C-150 de 1993 arriba citada, la Corte concluyó que la notificación de la resolución de apertura de investigación al imputado conocido constituía un deber, que se infería del tenor literal del artículo 81 de la Ley 190 de 1995

Esta misma posición fue reiterada posteriormente en las sentencias T- 790 de 199923, T-820 de 199924 y T- 106 de 200025. En las dos primeras se precisó que, para efectos de conceder por la vía de la acción de tutela la protección al derecho al debido proceso en aquellos casos en que se omite notificar al imputado la resolución de apertura de la investigación, “lo que configura la trasgresión de los mencionados derechos no es la omisión de la notificación, en si misma considerada, sino la imposibilidad por esa omisión, de ejercer durante esta fase el derecho de defensa y contradicción”. En el último se reiteró que “tan pronto se conozca o individualice los imputados, desaparece cualquier excusa para omitir la notificación de la medida, porque a partir de ahí existe una persona con el derecho a defenderse y la garantía constitucional de que se le asegure dicho derecho”. (Negrillas fuera del original)

Como puede verse, la Jurisprudencia ha considerado que en caso de existir imputado o imputados conocidos, a éstos se les debe notificar la iniciación de la investigación previa para que ejerzan su derecho a la defensa; sin embargo, este deber de notificación nace aun antes de la apertura formal de dicha investigación previa, desde la indagación preliminar, cuando se tiene certeza sobre la identificación del imputado. Así lo aclaró también la Corte en la Sentencia SU-960 de 1999, en donde se dijo al respecto lo siguiente:

“...es necesario que el imputado conozca que se adelanta un proceso en su contra, sepa los

motivos de su vinculación al mismo y establezca cuáles son las pruebas que al respecto han sido aportadas, así como los mecanismos idóneos previstos en la ley para su protección, pues adelantar el proceso sin conocimiento o audiencia del procesado desconoce su dignidad y hace inútil la presunción de inocencia, a la vez que lesiona de modo flagrante la garantía constitucional en cuanto imposibilita la defensa, retrotrayendo el Derecho Penal a las épocas más oscuras de la historia.

Ello implica que la notificación, como medio de conocimiento oficial y cierto sobre la existencia del proceso, inclusive en sus etapas preliminares, es requisito sine qua non para la validez de la actuación correspondiente. Si falta, todo lo que se haya llevado a cabo es nulo, incluida la sentencia condenatoria.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Finalmente, en sede de constitucionalidad recientemente la Corte ha insistido en el derecho que tiene el imputado conocido de ser enterado de la investigación que se sigue en su contra, desde la misma indagación preliminar. Así, en la en Sentencia C-033 de 2003,<sup>26</sup> la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de 2000-<sup>27</sup> a que, incluso antes de la vinculación al proceso, se le reconocieran al imputado los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa. En esta oportunidad la Corte nuevamente sostuvo que “aún cuando el debido proceso y el derecho de defensa parecen fortalecerse a medida que avanza la investigación, lo cierto es que en la fase preliminar, como en las demás fases, el derecho a la defensa debe concebirse en una dimensión amplia.” Y posteriormente, en la Sentencia C-096 del mismo año<sup>28</sup>, al estudiar la constitucionalidad del artículo 322 del Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de 2000-, que condicionaba el acceso a las diligencias adelantadas en la investigación previa a que el imputado hubiera rendido versión preliminar, la Corte consideró que la norma colisionaba con la garantía constitucional de los derechos de defensa y contradicción del investigado, cuyo ejercicio procedía incluso antes de su vinculación formal al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente. Por lo tanto, estimó que si bien era constitucionalmente posible establecer en materia penal la reserva de las diligencias que se adelantarán durante la etapa de investigación preliminar, el imputado tenía derecho a conocer de la imputación específica que existiera en su contra, y de los fundamentos probatorios que la respaldaran, antes de rendir versión preliminar. Por ello, procedió a declarar la exequibilidad de la expresión “que rindió versión preliminar” contenida en la norma, condicionada a que se entendiera que, antes de la recepción de la

versión preliminar, debía informarse al investigado sobre el delito que se le imputaba, así como permitirle conocer los fundamentos probatorios de dicha imputación específica.

2.2.1.3. Teniendo en cuenta la anterior línea jurisprudencial, el demandante estima que desde el momento en que la mención de su nombre empieza a aparecer en el expediente, mención hecha en los testimonios recibidos durante la fase preliminar, debió haber sido enterado de la existencia de una investigación en su contra, a fin de darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción. Como no fue así, se configuraría una vía de hecho en la actuación de la Fiscalía.

Se pregunta en este momento la Corte si, para hacer valer tales derechos de defensa y contradicción, el demandante disponía de otros mecanismos de defensa judicial distintos de la acción de tutela, que resultaran eficaces para esos propósitos; y encuentra que, efectivamente, a su disposición estaba la solicitud de nulidad de lo actuado desde el momento en que, a su parecer, debió haber sido notificado de la existencia de la investigación, recurso que, además, fue utilizado por él. En efecto, como el mismo lo relata, dentro de la etapa sumarial su apoderado presentó solicitud de nulidad de todo lo actuado desde antes de la apertura de la investigación formal, aduciendo violación del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción probatoria, basado en la no notificación ni puesta en conocimiento de la etapa preliminar al los procesados, a pesar de existir imputados conocidos. Dicha petición fue negada por la Fiscal de conocimiento, indicando que no procedía la notificación de la resolución de apertura de investigación preliminar, pues, en su opinión, para ese momento no existían imputados conocidos, toda vez que la única actuación que precedía a dicho proveído era el informe del Grupo de Apoyo Operativo del DAS, en el cual no se mencionaban tales imputados conocidos. Este auto que negó la nulidad fue objeto del recurso de alzada ante el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, funcionario que confirmó la decisión de primera instancia, considerando que el a quo tenía razón, porque en la fase preliminar del proceso no se tenían imputados conocidos a quienes notificarles la investigación.

No obstante, el demandante sostiene que justamente porque los recursos judiciales que tenía a su alcance y que utilizó oportunamente no fueron eficaces para la defensa de sus derechos, la acción de tutela debe prosperar, pues carece de otro mecanismo adicional de protección judicial que resulte eficaz. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión que

ahora se revisa, se opone a esta consideración, aduciendo que el actor sí tiene expedito otro mecanismo de defensa judicial a su alcance para hacer valer sus derechos de defensa y contradicción en la fase preliminar de la investigación, pues aun cuenta “con la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad en la etapa del juicio, conforme lo dispone el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal”.

Así las cosas, entra la Sala a estudiar si las prescripciones del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal otorgan al demandante un mecanismo ordinario de defensa de sus derechos que, en la presente oportunidad, desplace a la acción de tutela.

2.2.1.4. El artículo 400 del Código de Procedimiento Penal regula la apertura del juicio durante el proceso penal, indicando que con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza dicha etapa, y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal.

El segundo inciso de esta disposición a la letra dice así:

“Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes. (Subraya la Sala)”

Por su parte, el artículo siguiente del estatuto procesal penal regula la “audiencia preparatoria”, indicando que una vez finalizado el término de traslado común a que se refiere el artículo 400, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, “el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.”(subraya la Sala)

De otro lado, la Sala también detecta que conforme al artículo 308 del Código de

Procedimiento Penal, “las nulidades podrán invocarse en cualquier estado de la actuación procesal”.<sup>29</sup>

Finalmente encuentra que, en cuanto a la medida de aseguramiento de que ha sido objeto el aquí tutelante, adoptada con fundamento en las pruebas recaudadas durante la fase preliminar, el artículo 392 del estatuto procedimental penal establece un mecanismo de control de legalidad en cabeza del juez de conocimiento. Efectivamente, dicha norma prescribe que dicha medida de aseguramiento proferida por Fiscal General de la Nación o su delegado podrá ser revisadas en su legalidad formal y material por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. Dicho control de legalidad procede “cuando se cuestione la legalidad material de la prueba mínima para asegurar”, lo cual, al tenor de la disposición en cita, sucede entre otros eventos cuando haya sido “practicada o aportada al proceso con desconocimiento de algún requisito condicionante de su validez.” En tal virtud, la Corte encuentra que la norma en mención confiere otra oportunidad al aquí demandante para ejercer su derecho de defensa, con fundamento en la posible invalidez de las pruebas recaudadas durante la fase preliminar, en razón de no habersele notificado o comunicado la existencia de la investigación siendo imputado conocido.<sup>30</sup>

Por todo lo anterior, no cabe duda a la Sala respecto de la existencia de otros mecanismos alternos a la acción de tutela de los cuales el aquí demandante puede hacer uso en defensa de los derechos fundamentales que estima lesionados. De esta manera, en principio la presente acción resultaría improcedente dado su carácter eminentemente residual.

2.3. La posibilidad de que la presente acción sea procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.3.1. No obstante lo anterior, cabría preguntarse si en la actualidad el demandante está expuesto a sufrir un perjuicio irremediable que hiciera procedente la presente acción de tutela, puesto que, de conformidad con lo prescrito por el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política, “la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Disposición constitucional que es reiterada por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, según el cual la acción de tutela no procederá “cuando existan

otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Respecto de la acción de tutela cuando es utilizada en su modalidad de mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la existencia de otro medio judicial ordinario no es óbice para que pueda ser instaurada, sino que por el contrario, “el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable.” 31

Respecto del perjuicio irremediable, las notas que lo perfilan han sido señaladas con suficiente precisión por esta Corporación de la siguiente manera:

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se

ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

“El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas”<sup>32</sup>

Respecto de la eficacia de los medios de defensa ordinarios, también en reiterada jurisprudencia la Corte se ha pronunciado en este sentido:

“Es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 deber poseer necesariamente, cuando menos la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza tiene la acción de tutela...”

“En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la Carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata.”<sup>33</sup>

2.3.2. Así las cosas, aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales en relación con las circunstancias particulares del caso bajo examen, la Sala encuentra que la acción de tutela en esta oportunidad no es procedente como mecanismo transitorio, pues los otros medios de defensa judicial de que dispone el accionante en la actualidad poseen la misma eficacia para protección inmediata del derecho fundamentales al debido proceso, específicamente de las garantías de defensa y contradicción, que aquella que por su naturaleza tiene la acción de tutela. Esta valoración además, se hace en concreto, es decir atendiendo al estado actual del proceso penal que se adelanta en contra del actor, y las posibilidades próximas que tienen de ser nuevamente oído en defensa de los derechos que estima vulnerados.

En efecto, de conformidad con las pruebas que obran en el presente expediente, en el proceso penal dentro del cual se surtió la actuación que reprocha el tutelante, el ciclo investigativo ya ha sido clausurado<sup>34</sup>; y mediante resolución de 14 de abril del año en curso, se calificó el mérito del sumario y se produjo resolución de acusación, contra la cual ni el procesado ni su apoderado interpusieron recurso alguno.

A la fecha de la presente decisión, ya se inició la fase de juzgamiento ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca y se llevó a cabo la audiencia preparatoria; así consta en la comunicación allegada al presente proceso de tutela el día 14 de octubre del año corriente por la doctora Deicy Jaramillo Rivera, Fiscal Veinte Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados<sup>35</sup>. En dicha audiencia, cuya acta también reposa en el plenario<sup>36</sup>, y

que tuvo lugar el 11 de octubre pasado, el defensor del aquí demandante solicitó la nulidad por ausencia de notificación al imputado conocido, no accediendo el juez de conocimiento a dicha petición de la defensa. Decisión esta última que fue objeto del recurso de apelación, que actualmente se surte ante el Tribunal Superior de Arauca.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que el aquí demandante ha hecho uso de los mecanismos de defensa judicial que tenía a su alcance, a que antes se hizo alusión, para intentar en la jurisdicción ordinaria y dentro del mismo proceso que se le sigue la defensa de los derechos fundamentales cuya protección aquí invoca. Además, a la fecha dichos recursos están pendientes de ser decididos.

Por todo lo anterior, la Sala juzga que en el presente caso la acción de tutela no está llamada a desplazar a los recursos ordinarios al alcance del actor, que se encuentran en curso, ni aun utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues el eventual perjuicio puede rápida y válidamente ser conjurado por tales medios comunes.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero: Confirmar la Sentencia proferida el 9 de junio de 2004 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo: Por Secretaría General líbrense la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Libelo de la demanda, obrante en el expediente al folio 2 y siguientes del cuaderno principal.

2 Ibidem

3 Ibidem

4 Ibidem

5 Ibidem

6 Ibidem

7 Ibidem

8 Se refiere a la sentencia c-096 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 La demanda transcribe apartes de los testimonios en los cuales se acusa al aquí accionante de tener vínculos con el ELN, como por ejemplo de haber sido el candidato a la Gobernación apoyado por ese grupo guerrillero, de ser miembro activo del mismo, o de haber estado reunido con sus dirigentes. .

10 Entre tales imputados, ahora privados de la libertad, figuran el entonces alcalde de la capital del Departamento, el presidente de la Asamblea y del directorio Liberal Departamental, una diputada, y varios funcionarios y ex funcionarios del Departamento .

11 No obstante lo anterior, como se recuerda, la Corte Suprema de justicia en este caso no concedió la tutela por estimar que el entonces accionante no había utilizado los recursos procesales a su alcance para lograr el amparo de sus derechos.

12 El memorial dice "octubre 17/04", pero la corte entiende que la fecha correcta es el 17 de octubre de 2003.

13 En documento en cita obra en el expediente a los folios 68 y siguientes del cuaderno principal.

14 M.P José Gregorio Hernández Galindo

15 Sentencia C-543 de 1992. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

16 Sentencia T-322 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 A esta etapa se refiere el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal relativo a las "Labores previas de verificación". En esta fase, dice la norma, "La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación."

18 La investigación previa es anterior al proceso penal propiamente tal y persigue determinar si hay lugar o no a la acción penal. Por ello es contingente y sólo tiene lugar en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción. Se surte para determinar "si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible"(Ley 600 de 2000, artículo 322).

Durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que haya rendido versión preliminar tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias.

La versión preliminar se recibe cuando lo considere necesario el fiscal, salvo que el imputado llegara a tener conocimiento de que en su contra se adelanta una investigación previa, caso en el cual tiene derecho a solicitar y obtener que se le reciba la versión libre. La duración máxima de esta fase previa al proceso es de seis meses.<sup>18</sup>

19 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

20 M.P. Fabio Morón Díaz

21 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

22 M.P. Fabio Morón Díaz

23 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

24 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

25 M.P. Antonio Barrera Carbonell

26 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

28 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

29 No obstante, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que tratándose de una nulidad originada en la instrucción, “es en la audiencia preparatoria de la audiencia de que trata el artículo 401 del nuevo estatuto procesal penal, cuando debía impetrarse”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de septiembre de 2002, Rad. 17865, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

30 La Sala además, detecta que en defensa del derecho a la libertad personal, el aquí demandante ya hizo uso del recurso de habeas corpus con resultados adversos a sus pretensiones.

31 Sentencia C-531 de 1993, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

32 Corte Constitucional. Sentencia N° T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

33 Sentencia T-414/92, Magistrado ponente: Dr. CIRO ANGARITA.

34 Se clausuró mediante resolución de 10 de febrero de 2004,

35 Ver folio 123 del cuaderno principal

36 Ver folio 125 y siguientes