

T-348-95

Sentencia T-348/95

NOTA DE RELATORIA: Por auto No. 049 de 23 de noviembre de 1995, se declaró la nulidad de esta sentencia y fue reemplazada con la sentencia T-074/96

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Facultad de comisionar/FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA-Calificación de la investigación/PRECLUSION DE LA INVESTIGACION/DEBIDO PROCESO/PRESUNCION DE LEGALIDAD

El Fiscal General de la Nación únicamente tiene que asumir personalmente tres actuaciones dentro del proceso: la calificación de la investigación, la resolución acusatoria y la que se abstiene de acusar. Estos son los únicos tres actos para los cuales no es admisible la comisión a los fiscales delegados. Todo lo demás puede ser objeto de comisión. No es acertado sostener que al comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General se despojó de la función que le asigna la Constitución y la trasladó a tales funcionarios. En el caso que se estudia, el Fiscal Delegado no calificó la investigación, sino que declaró la preclusión de la misma por atipicidad de la conducta, actuación que sí podía cumplir. En este proceso no se observa violación alguna del debido proceso. El Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia ha actuado en cumplimiento de la resolución dictada por el Fiscal General de la Nación, amparada, por la presunción de legalidad. En consecuencia, su actuación en nada contradice el principio del debido proceso.

NOTA DE RELATORIA: Por auto No. 049 de 23 de noviembre de 1995, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, se declaró la nulidad de esta sentencia.

REF: PROCESO T- 71962

DEMANDANTE: José Miguel Díaz Gutiérrez contra el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, doctor Guillermo Mendoza Diago.

PROCEDENCIA: Consejo de Estado, Sección Cuarta.

MAGISTRADO PONENTE: Jorge Arango Mejía.

Sentencia aprobada en sesión de la Sala Primera de Revisión, celebrada en la ciudad de Bogotá, a los nueve (9) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en el proceso de tutela promovido por el doctor José Miguel Díaz Gutiérrez.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de la Corte eligió, para su revisión, el expediente de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

El doctor José Miguel Díaz Gutiérrez, presentó, el 23 de marzo de 1995, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acción de tutela contra el doctor Guillermo Mendoza Diago, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, por las siguientes razones:

### A. Hechos

1. El actor es el apoderado de la parte civil, dentro de la investigación que por el delito de prevaricato inició la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de algunos magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

2. El Fiscal delegado que venía conociendo de la investigación, decidió, por auto del quince (15) noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), abstenerse de proferir medida de seguridad en contra de los acusados, así como la preclusión de la instrucción por la atipicidad de la conducta denunciada. Decisión que fue impugnada ante el mismo funcionario, y confirmada por éste.

3. El demandante considera que las actuaciones desplegadas por el fiscal delegado desconocieron el derecho al debido proceso de sus representados, porque la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia carecía de competencia para calificar el mérito del sumario, tal como lo señaló la Corte Constitucional, en el fallo de octubre 20 de 1994, al declarar inconstitucional el aparte del artículo 17 de la ley 81 de 1993 que facultaba a los

fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para calificar las investigaciones contra los funcionarios que gozan de fuero constitucional.

4. El Ministerio Público y la parte civil solicitaron al Fiscal Delegado, doctor Guillermo Mendoza Diago, declarar la nulidad de la providencia, por medio de la cual declaró precluída la investigación por atipicidad de la conducta, así como la remisión del expediente al Despacho del Fiscal General de la Nación, para que dicho funcionario realizara la calificación correspondiente, peticiones éstas que fueron resueltas negativamente por el funcionario acusado.

#### B. Derechos fundamentales presuntamente vulnerados

La actuación del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en concepto del actor, desconoce el derecho al debido proceso de la parte civil constituída dentro del proceso que por el delito de prevaricato inició la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. En especial, porque dicho funcionario, según la Constitución y la sentencia de la Corte Constitucional, no es el competente para investigar y calificar la conducta de funcionarios que gozan de fuero constitucional, en este caso, los magistrados de un Tribunal Superior de Distrito.

#### C. Pretensiones

El demandante solicita ordenar al doctor Guillermo Mendoza Diago, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, remitir al Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, el expediente No. 1098, correspondiente a la investigación que por el delito de prevaricato realiza esa Unidad, por ser éste, el único funcionario competente para investigar y calificar la conducta de los sindicados en dicho proceso.

#### D. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, una vez notificado el demandado, mediante sentencia del seis (6) de abril de 1995, DENEGÓ la tutela solicitada.

La razón esgrimida por el Tribunal, para DENEGAR el amparo solicitado, hace referencia a la falta de interés jurídico del demandante para instaurar la acción de tutela de la referencia, pues, si bien ostentaba la calidad de apoderado de la parte civil dentro del proceso penal que

inició la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, carecía de legitimación para iniciar acción de tutela en su nombre. Para el efecto, ha debido demostrar el poder conferido para tal fin, o prueba de la imposibilidad de sus representados en el proceso penal, para ejercer su propia defensa, tal como lo exige el artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

Sin embargo, afirma que en las decisiones adoptadas por el Fiscal Delegado no se evidencia vía de hecho alguna que haga procedente la acción de tutela, pues sus actuaciones han tenido como marco de referencia las normas constitucionales y las del Código de Procedimiento Penal, que le permiten investigar, calificar y acusar a los magistrados de tribunales.

#### E. Impugnación

En esencia, el impugnante afirma que la acción de tutela en contra el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, no busca desconocer sus providencias sino "...obtener que se respete y haga efectivo el derecho al DEBIDO PROCESO de mis patrocinados, derecho que se ha vulnerado flagrante y ostensiblemente por el señor FISCAL DELEGADO, al retener en forma indebida el expediente No. 1098 (...) pese a que disposiciones constitucionales, legales y administrativas le imponen la obligación de remitirlo por COMPETENCIA al señor FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, por haber llegado el momento de la calificación de la investigación y corresponder esa calificación en forma exclusiva e indelegable al señor FISCAL..."

Al escrito de impugnación, el demandante acompañó el poder otorgado por los señores José J. Jiménez Cancino y Amanda Moore de Jiménez, quienes son la parte civil dentro del proceso penal mencionado. Así como la ratificación de la actuación surtida por su apoderado, dentro de la acción de tutela instaurada en su nombre, ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

#### F. Sentencia de segunda instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo del doce (12) de mayo de 1995, CONFIRMÓ el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En relación con el primer motivo de rechazo esgrimido por el Tribunal, se consideró que, el poder aportado por el demandante al momento de presentar la impugnación, así como la

ratificación de su actuación ante el Tribunal Contencioso Administrativo, presentada por sus poderdantes, subsanó cualquier vicio que, por falta de legitimidad se hubiese producido.

En relación con el cargo de fondo, se consideró que, a pesar de lo que sostiene el demandante, la acción de tutela sí estaba dirigida contra una providencia judicial, frente a la cual era improcedente esta clase de acción, de conformidad con la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera: Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto, en virtud de lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, en concordancia con las normas pertinentes del decreto 2591 de 1991.

Por tanto, procede la Corte Constitucional a resolver este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Segunda.- Lo que se controvierte

Pretende el demandante que se ordene al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia que conoce del proceso que se adelanta contra unos magistrados de un tribunal superior, remitir tal proceso al señor Fiscal General de la Nación, quien es el único FUNCIONARIO COMPETENTE para investigar y calificar la conducta de tales magistrados. Funda su demanda en la Sentencia de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1994, que declaró INEXEQUIBLES algunas disposiciones del Código de Procedimiento Penal, con base en las cuales venía actuando dicho FISCAL DELEGADO.

La sentencia de esta Corte a la cual se refiere el actor, declaró parcialmente inexecutable el artículo 17 de la ley 81 de 1993, que en su numeral 1 establecía:

“Fiscal General de la Nación. Corresponde al Fiscal General de la Nación:

“1) Investigar, calificar y acusar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero

constitucional con las excepciones previstas en la Constitución”.

“La declaración de inexequibilidad se hizo en los siguientes términos:

“SEGUNDO.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión “o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia” contenida en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993. No obstante, se advierte que el fiscal general de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo”.

Es menester, en consecuencia, examinar si tal declaración tiene los alcances que le señala el actor, o unos diferentes. Además, si la acción de tutela es procedente en este caso concreto.

Tercera.- El fallo de inexequibilidad

Como se dijo, la declaración de inexequibilidad no se hizo en forma absoluta. Por el contrario, al hacerla se hizo una salvedad expresa, así:

“No obstante, se advierte que el fiscal general de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo”.

Lo anterior es de una claridad innegable: el Fiscal General de la Nación únicamente tiene que asumir personalmente tres actuaciones dentro del proceso: la calificación de la investigación, la resolución acusatoria y la que se abstiene de acusar. Estos son los únicos tres actos para los cuales no es admisible la comisión a los fiscales delegados. Todo lo demás puede ser objeto de comisión.

Como se ve, la regla general es la posibilidad de comisionar; y las excepciones son los tres actos descritos.

Sostener que solamente puede el Fiscal General comisionar a los fiscales delegados para la práctica de pruebas, es desconocer el texto de la sentencia que se analiza. Pues tal facultad

de todas maneras la tenía, y la salvedad, así entendida, habría carecido de objeto.

Tampoco es acertado sostener que al comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General se despojó de la función que le asigna la Constitución y la trasladó a tales funcionarios. Por el contrario: en la Resolución 0-2482 de noviembre 8 de 1994, se dice que la actuación de los comisionados se cumplirá “bajo la dirección y vigilancia” del Fiscal General.

Y si se sostiene que tal comisión, por su carácter general en lo relativo a los procesos que se adelanten contra una determinada clase de funcionarios, es un acto administrativo, la competencia para decidir si se ajusta o no a la ley y a la Constitución, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, mientras ésta no determine lo contrario, la resolución del Fiscal General está amparada por la presunción de legalidad.

En el caso que se estudia, el Fiscal Delegado no calificó la investigación, sino que declaró la preclusión de la misma por atipicidad de la conducta, actuación que sí podía cumplir.

Dicho sea de paso, la Corte Constitucional, al referirse a su sentencia pasada, no la está aclarando, ni agregándole nada. Únicamente la está aplicando en el presente proceso, para desechar una interpretación errónea que se le pretende dar. No es improcedente ni extraño que la Corte Constitucional tenga que volver sobre sus fallos de constitucionalidad. Así lo hace, por mandato expreso del artículo 243 de la Constitución, cuando decide que una norma reproduce el contenido material de otra que ha sido declarada inexecutable por razones de fondo. Y en la misma forma actúa siempre que en el examen de constitucionalidad tiene que relacionar el caso que se controvierte con lo decidido en uno anterior.

Al declarar inexecutables las normas del decreto 2591 de 1991 que permitían la tutela contra sentencias y contra providencias judiciales, la Corte Constitucional decidió que ella, excepcionalmente, sería procedente en los casos de violación del debido proceso y en aquellos que impliquen vías de hecho.

En este proceso no se observa violación alguna del debido proceso. El Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia ha actuado en cumplimiento de la resolución 0-2482 dictada por el Fiscal General de la Nación, amparada, como ya se dijo, por la presunción de legalidad. En consecuencia, su actuación en nada contradice el principio del debido proceso, consagrado

en el artículo 29 de la Constitución.

### III.- Decisión

Con base en lo expuesto, se confirmará la sentencia del Consejo de Estado, de fecha mayo 12 de 1995, pero por las razones expuestas.

En consecuencia, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, con fecha mayo doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995), pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE la presente sentencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Auto No. 049/95



## MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO

Dicha medida la puede adoptar el juez respectivo desde la presentación de la solicitud de tutela hasta antes de expedirse el fallo definitivo, pues al resolver de fondo deberá decidir si tal medida provisional se convierte en permanente, esto es, definitiva o si por el contrario, habrá de revocarse. Cabe agregar que el juez, a petición de parte o en forma oficiosa, puede hacer cesar tal medida en cualquier momento. A la Corte no le cabe duda de que para efectos de la aplicación de esta medida provisional, el juez debe evaluar las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamenta la solicitud de tutela, para así determinar la “necesidad y urgencia” de decretarla, pues ésta sólo se justificaría ante hechos abiertamente lesivos o claramente amenazadores de un derecho fundamental en detrimento de una persona, y cuya permanencia en el tiempo haría más gravosa la situación al afectado; de lo contrario no tendría sentido la medida cautelar por cuanto los términos para fallar las acciones de tutela son muy breves: 10 días.

## FISCAL GENERAL DE LA NACION-Preclusión de la investigación/FUNCIONARIOS CON FUERO

La declaración de preclusión de la investigación, cualquiera sea el momento procesal en que se produzca, bien el contemplado en el artículo 439 C.P.P. (agotada la investigación) o bien en cualquiera otra etapa de la instrucción, corresponde hacerla al funcionario competente para calificar el mérito del proceso, y que en uno y otro caso tal decisión hace tránsito a cosa juzgada. La resolución de preclusión en los dos casos enunciados es de vital importancia, pues en ella se definen aspectos sustanciales relativos a la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, poniendo fin al proceso. En consecuencia, por tratarse de una providencia que decide el fondo de la acción no puede ser dictada por funcionario distinto a aquél que la ley ha establecido para tal fin. En el caso que se examina, el funcionario competente para declarar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta endilgada a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, quienes de acuerdo con lo prescrito en el artículo 235-4 de la Constitución gozan de fuero, es el Fiscal General de la Nación.

## SENTENCIA DE TUTELA-Nulidad

Se procederá a declarar la nulidad de la sentencia T-348/95, pues en ella se incurrió en error al admitir que un funcionario incompetente, como era el Fiscal Delegado ante la Corte

Suprema de Justicia, profiriera la resolución de preclusión de la investigación contra los Magistrados antes citados, decisión que, como ya se ha expresado, corresponde dictarla al Fiscal General de la Nación.

Ref.: Petición de nulidad de la sentencia T-348/95 de la Sala Primera de Revisión de Tutelas.

Peticionario: José Miguel Díaz Gutiérrez, en su condición de apoderado de José J. Jiménez C. y Amanda Moore de Jiménez.

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Acta No. 61

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

## I. ANTECEDENTES

El doctor JOSE MIGUEL DIAZ GUTIERREZ, obrando en su condición de apoderado de la parte civil en el proceso penal radicado bajo el No. 1098, que adelanta la Fiscalía General de la Nación contra los doctores Ricardo Zopó Méndez, Bernardo Morales Casas y Luis Miguel Carrión Jiménez, magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, por el presunto delito de prevaricato, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que se ordenara al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, doctor Guillermo Ignacio Mendoza Diago, remitir el citado expediente al Fiscal General de la Nación, por ser éste el único funcionario competente para investigar y calificar la conducta de los funcionarios prenombrados.

Dicho Tribunal decidió en providencia del 6 de abril de 1995, rechazar por improcedente la solicitud de tutela formulada, proveído que fue impugnado por el accionante. El Consejo de Estado, por intermedio de la sección cuarta, resolvió el recurso de apelación interpuesto, mediante sentencia de fecha mayo 12 de 1995, confirmando el fallo de primera instancia y ordenando el envío del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La Sala de Selección No. 6 de esta Corporación seleccionó para revisión dicho proceso, el que fue repartido a la Sala Primera.

Dicha Sala efectuó la revisión pertinente como consta en la sentencia T-348 del 9 de agosto de 1995, confirmando la providencia dictada por el Consejo de Estado, “pero por las razones expuestas en esta providencia”.

Mediante escrito presentado el 26 de septiembre de 1995, el accionante en el proceso de tutela solicita a la Corte que declare la nulidad de la sentencia últimamente citada, proferida por la Sala Primera de Revisión de Tutelas, y como medida provisional se suspenda la aplicabilidad de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7o. del decreto 2591/91, con base en los siguientes hechos:

- Los planteamientos jurídicos que se hacen en la sentencia impugnada “constituyen una modificación o cambio de la doctrina sentada por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia del 20 de octubre de 1994, al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra el art. 17 de la ley 81 de 1993, modificadorio del art. 121 del Código de Procedimiento Penal”, en virtud de la cual se declaró exequible la expresión “calificar” contenida en el numeral 1o. del artículo 17 de la ley 81 de 1993 e inexecutable el aparte de la misma disposición que dice “o por conducto de sus delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia”, con la advertencia de que “el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo”.

- En la citada sentencia, la Corte Constitucional determinó que el Fiscal General de la Nación es “competente para calificar el mérito de la investigación sumarial contra los sindicados que gozan de fuero constitucional, ya sea para formular acusación contra los mismos, o para abstenerse de hacerlo”; sin embargo, en la sentencia cuya nulidad se solicita, se sostiene en abierta contradicción con el fallo aludido “que el señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, al declarar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta y ordenar el archivo del expediente, no hizo ninguna calificación del mérito sumarial, olvidando o desconociendo que la declaración sobre preclusión de una investigación, implica una ostensible calificación de los hechos, y examen de la norma penal, con base en la cual se

abrió la investigación, para llegar a una conclusión tan imponente como la que sirvió de fundamento a ese Fiscal Delegado para declarar la preclusión del proceso”. Además, de que dicha función al tenor de lo dispuesto en los artículos 250-2 y 251-1 de la Constitución le corresponde “en forma indelegable, privativa y especial al señor Fiscal General de la Nación”, como bien lo expresó la Corte en la sentencia enunciada.

– Así las cosas, considera el accionante que la sentencia cuya nulidad solicita “resulta abiertamente equivocada y contraria a la doctrina constitucional de esa Honorable Corte”, en la que se expresó que “la investigación y acusación de funcionarios con fuero constitucional, exige que dada la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal, y de 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”.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

a.- Suspensión del fallo cuya nulidad se solicita.

En primer término se referirá la Corte a la solicitud de suspensión de la sentencia T-348/95, expedida por la Sala Primera de Revisión de Tutelas, que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7o. del decreto 2591 de 1991 pide el impugnante, para lo cual es conveniente transcribir el texto de dicho precepto legal.

“Artículo 7. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de

conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

En esta disposición se consagra, entre otras cosas, la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental, como medida cautelar o precautelativa que puede decretar el juez que conoce de la acción de tutela, cuando considere “necesario y urgente” que cese en forma inmediata el acto generador de la agresión. Determinación que tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto.

Dicha medida la puede adoptar el juez respectivo desde la presentación de la solicitud de tutela hasta antes de expedirse el fallo definitivo, pues al resolver de fondo deberá decidir si tal medida provisional se convierte en permanente, esto es, definitiva o si por el contrario, habrá de revocarse. Cabe agregar que el juez, a petición de parte o en forma oficiosa, puede hacer cesar tal medida en cualquier momento.

A la Corte no le cabe duda de que para efectos de la aplicación de esta medida provisional, el juez debe evaluar las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamenta la solicitud de tutela, para así determinar la “necesidad y urgencia” de decretarla, pues ésta sólo se justificaría ante hechos abiertamente lesivos o claramente amenazadores de un derecho fundamental en detrimento de una persona, y cuya permanencia en el tiempo haría más gravosa la situación al afectado; de lo contrario no tendría sentido la medida cautelar por cuanto los términos para fallar las acciones de tutela son muy breves: 10 días.

Recuérdese también que el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales, y “no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”, de donde se concluye que la adopción de la medida cautelar no puede ser arbitraria sino razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez del conocimiento, en forma expresa.

En el caso bajo examen, el proceso de tutela materia de debate, fue fallado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 6 de abril de 1995, denegando la tutela, decisión que fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado como consta en la sentencia del 12 de mayo de 1995, y revisado por esta Corporación por medio de la sentencia cuya nulidad se pide; en consecuencia, es improcedente la solicitud de suspensión impetrada y así se declarará.

b. La petición de nulidad.

El artículo 49 del decreto 2067 de 1991, establece que “Contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno”. Igualmente señala que la nulidad de los procesos “sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo” y que “sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso”, preceptos que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, rigen tanto los procesos de tutela como los juicios de constitucionalidad, y se aplican también a las sentencias, pues si la Sala Plena “tiene el deber de declarar las nulidades que se presenten en cualquier etapa del proceso, la sentencia es una de ellas”; además, “nadie podrá sostener lógicamente que la nulidad de las sentencias por hechos ocurridos en ésta, pudiera alegarse antes de declararla”. 1

Por otra parte, la Corte se ha pronunciado sobre las irregularidades que pueden dar lugar a la declaración de nulidad, en estos términos: “Se trata de nulidades circunscritas de manera expresa a las violaciones ostensibles y probadas del artículo 29 de la Constitución Política. Se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar.”2

En el caso que hoy se somete a la consideración de la Corte, se observa que en la sentencia dictada por la sala primera de revisión de tutelas, el argumento que sirvió de fundamento para confirmar la denegación de la tutela, contraría la Constitución, normas legales de orden

penal y lo resuelto por esta Corporación en la sentencia C-472 de 1994, que hizo tránsito a cosa juzgada. Veamos:

De conformidad con las disposiciones que rigen el proceso penal, existen dos momentos procesales en los que puede decretarse la preclusión de la investigación: 1) El previsto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, cuando se presenta en cualquier etapa de la instrucción una de las hipótesis allí enunciadas; y 2) Cuando, agotada la investigación, ocurre el mismo fenómeno.

Dice así el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal: “Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o que no puede proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio”.

La resolución de preclusión de la investigación que con fundamento en esta disposición se dicte, admite los recursos de reposición y de apelación y hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el evento de que se haya fundado en que la acción no se podía iniciar por falta de querella.

Por otra parte, el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, tal como quedó modificado por el artículo 58 de la ley 81 de 1993, prescribe: “Formas de calificación. El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción.”

La calificación del sumario es una de las providencias más importantes que se profieren dentro del proceso penal, pues en ella se evalúan todos los elementos de prueba que se aportaron al mismo durante la etapa de instrucción, y se analizan las demás circunstancias de hecho y de derecho para determinar la tipicidad del delito y la responsabilidad del procesado o procesados.

Al efectuar la calificación el funcionario competente puede asumir una de estas dos posiciones: una, proferir “resolución acusatoria” si se reúnen los requisitos contemplados en

el artículo 441 del C.P.P., o dictar “resolución de preclusión de la instrucción”, cuando se presente una de las hipótesis enunciadas en el artículo 36 del C.P.P.

El funcionario competente, sea cual fuere la determinación que deba adoptar al efectuar la calificación respectiva, deberá hacerlo por medio de un auto interlocutorio, contra el cual proceden, en general, los recursos de reposición y apelación.

Por su parte la Corte Constitucional, al resolver la demanda presentada contra el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 17 de la ley 81 de 1993, cuyo numeral primero, prescribe: “Corresponde al Fiscal General de la Nación: 1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución”, resolvió en sentencia C-472 de 1994, lo siguiente:

“Primero. Declarar exequible la expresión “calificar” contenida en el numeral primero del artículo 17 de la ley 81 de 1993”.

“Segundo. Declarar inexequible la expresión “o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia” contenida en el numeral primero del artículo 17 de la ley 81 de 1993. No obstante, se advierte que el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo”.

En razón de lo anotado, advierte la Corte que la declaración de preclusión de la investigación, cualquiera sea el momento procesal en que se produzca, bien el contemplado en el artículo 439 C.P.P. (agotada la investigación) o bien en cualquiera otra etapa de la instrucción (art. 36 C.P.P.), corresponde hacerla al funcionario competente para calificar el mérito del proceso, y que en uno y otro caso tal decisión hace tránsito a cosa juzgada.

La resolución de preclusión en los dos casos enunciados es de vital importancia, pues en ella se definen aspectos sustanciales relativos a la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, poniendo fin al proceso. En consecuencia, por tratarse de una providencia que decide el fondo de la acción no puede ser dictada por funcionario distinto a aquél que la ley



ha establecido para tal fin.

En el caso que se examina, el funcionario competente para declarar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta endilgada a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, quienes de acuerdo con lo prescrito en el artículo 235-4 de la Constitución gozan de fuero, es el Fiscal General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 251 de la Carta y 121-1 del Código de Procedimiento Penal, y en armonía con ellos, la sentencia C-472/94 proferida por esta Corporación.

En este orden de ideas, se procederá a declarar la nulidad de la sentencia T-348/95, pues en ella se incurrió en error al admitir que un funcionario incompetente, como era el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, profiriera la resolución de preclusión de la investigación contra los Magistrados antes citados, decisión que, como ya se ha expresado, corresponde dictarla al Fiscal General de la Nación.

Por estas razones, la Corte en Pleno declarará la nulidad solicitada al encontrar que se ha violado el debido proceso y ordenará que la Sala de Revisión correspondiente, profiera el fallo que reemplace el anulado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### R E S U E L V E :

PRIMERO: Declarar la NULIDAD de la sentencia T-348 de 1995, proferida por la Sala Primera de Revisión de Tutelas, el 9 de agosto de 1995, en el proceso T- 71962

SEGUNDO: Comunicar la presente decisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Consejo de Estado, sección cuarta.

TERCERO: Enviar el expediente a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, para que dicte la sentencia que reemplace la anulada.

CUARTO: Notificar personalmente la presente decisión al peticionario y al Fiscal Delegado contra quien se dirigió la acción de tutela, haciéndoles saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Auto Sala Plena julio 26/93 M.P. Jorge Arango Mejía.

2 Auto Sala Plena junio 22/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.