

Sentencia T-388/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO-Configuración

Este Tribunal ha indicado que el defecto procedimental absoluto se puede configurar porque el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes o (iii) pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN PROCESO PENAL-Alcance y límites

DERECHO A LA IMPUGNACION Y GARANTIA DE LA DOBLE INSTANCIA-Distinción

FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Funciones asignadas por la Constitución y las desarrolla en su nombre y por delegación

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Hace efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia

DOBLE INSTANCIA-Puede operar como principio, garantía o derecho

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-No es absoluto

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Excepciones

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Generalidades

Su estatus jurídico varía según la perspectiva desde la que se le contemple y, según la finalidad para la que se le establezca. En esa medida, puede cumplir el papel de principio, garantía o derecho; ii. Las diversas situaciones que se pueden predicar de ella en el ordenamiento jurídico, no son incompatibles. Son en caso concreto, la finalidad para la que haya sido establecida y, la función que desempeñe, las que permiten definir su estatus y determinan el tratamiento a brindarle por parte del operador jurídico; iii. En su condición de derecho no tiene carácter absoluto, salvo en el caso de la sentencia condenatoria penal y de la sentencia de tutela; iv. en los procesos de única instancia adelantados contra sujetos aforados, ha tenido lugar la excepción a la doble instancia permitida por el constituyente en el artículo 31 de la Carta; v. Cuando funge como derecho, puede tener eventualmente la connotación de fundamental; vi. Dado que por su condición algunas personas están sometidas a procesos que en virtud del ordenamiento jurídico, se surten en única instancia, lo cual ha sido reiteradamente refrendado por la jurisprudencia de esta Corte, se puede concluir que para tales sujetos no se ha establecido el derecho a una segunda instancia; vii. Ante la inexistencia del derecho a una segunda instancia para quienes por su calidad de aforados, están sujetos a procesos de única instancia, por sustracción de materia, no se puede predicar la condición de fundamental de aquello que no existe; ix. Si bien es cierto los aforados no cuentan con el derecho en consideración, otras garantías propias del fuero cuentan en su favor. Entre ellas se pueden destacar la celeridad de la averiguación, el juzgamiento por el órgano ubicado en la cúspide de la respectiva estructura y la reducción de la posibilidad de interferencias y presiones indebidas en el proceso; x. en ese contexto, el Pleno de la Corte ha considerado que nada hay de irregular cuando en las actuaciones de la Fiscalía, en los referidos procesos de única instancia, cuenta el afectado únicamente con el recurso de reposición.

ACCESO A LA DOBLE INSTANCIA-Garantía, contenida en el art. 27 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia

DEBIDO PROCESO EN JUICIO PENAL DE UNICA INSTANCIA PARA ALTOS DIGNATARIOS-Garantía

DELEGACION-Elementos

Esta Corporación se ha referido a los elementos constitutivos de la delegación, enunciándolos del siguiente modo: i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; ii) la transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función; iii) la necesidad de la existencia previa de autorización legal; iv) el órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.

POTESTAD DEL DELEGADO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

i) El régimen de competencias es expresión del principio de legalidad; ii) el desconocimiento de las competencias comporta la quiebra del principio de legalidad; iii) la delegación como forma de traslación de competencias está sujeta al principio de legalidad; iv) el funcionario delegado puede ejercer dos tipos de competencia, de una parte, aquel del cual es titular y, de otra, aquel que le ha sido delegado. En esa medida, sus actos están regulados por dos regímenes establecidos en normas distinguibles; v) ignorar tal diferencia y pretender actuar en calidad de delegado, valiéndose del régimen del cual es titular o, actuar en condición de titular valiéndose del régimen del delegado, quebranta el principio de legalidad y, deja al ciudadano en una situación de incertidumbre a merced del capricho del servidor público.

DEBIDO PROCESO EN JUICIO PENAL DE UNICA INSTANCIA PARA ALTOS DIGNATARIOS-No vulneración por cuanto el régimen jurídico a aplicar por el Delegado del Fiscal General, es el de la única instancia y, en esa medida no cabe los recursos propios de la doble instancia

Referencia: Expediente T-3.657.161

Accionante:

Bernardo Moreno Villegas

Demandado:

Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela, proferido el 5 de septiembre de 2012, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que negó el amparo impetrado en la acción de tutela promovida por Bernardo Moreno Villegas, mediante apoderado, contra la Fiscalía General de la Nación.

I.- ANTECEDENTES

1.- Reseña fáctica de la demanda

Bernardo Moreno Villegas presentó, el 25 de julio de 2012, acción de tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación, en búsqueda de la protección efectiva de su derecho al debido proceso, particularmente, por el derecho a tener doble instancia penal, de conformidad con los siguientes hechos:

- La Fiscalía General de la Nación inició investigación penal en su contra como presunto responsable del delito de Cohecho por Dar u Ofrecer, en su calidad de director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- En ejercicio de las atribuciones conferidas por el Acto Legislativo 06 de 2011[1], la Fiscal General de la Nación delegó su investigación a la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.
- El 6 de marzo de 2012, la citada autoridad delegada profirió resolución de acusación frente a otros sindicados, pero, en el caso del señor Moreno Villegas, considerando que su conducta no se adecuaba a los supuestos típicos del punible mencionado, declaró la nulidad parcial de lo actuado al estimar que la conducta podría enmarcarse en el tipo penal de tráfico de influencias, delito que no fue imputado en el curso de la diligencia de su indagatoria, siendo procedente reiniciar la instrucción y, ampliar la indagatoria respecto del

investigado.

- El 16 de marzo de 2012, el apoderado del afectado, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, por considerar que la normatividad aplicable a su defendido era la contenida en la Ley 906 de 2004 y, no como lo consideró el Fiscal, para quien lo aplicable era lo dispuesto en la Ley 600 de 2000. Igualmente cuestionó la nulidad oficiosamente declarada, pues, en su lugar, se imponía la resolución de preclusión de la investigación.

- El recurso fue resuelto mediante resolución del 2 de mayo de 2012, en la cual, el Fiscal Sexto Delegado, confirmó, en todas sus partes, la resolución impugnada y, negó la concesión del recurso de apelación, por considerarlo improcedente, dado que en materia de delegación los actos del delegatario están sometidos al mismo régimen del delegante conforme con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y, si la providencia hubiese sido proferida por el Fiscal General de la Nación, al tratarse de una actuación de única instancia, solo tendría lugar el recurso de reposición.

- El actor presentó el recurso de queja contra esa decisión, el cual fue resuelto negativamente el 14 de mayo de 2012 por el Fiscal General de la Nación, quien reiteró los argumentos del Fiscal Sexto Delegado respecto del asunto.

2.- Solicitud de tutela

El señor Bernardo Moreno Villegas, mediante apoderado, pretende que le sea protegido su derecho fundamental al debido proceso y, se le ampare la garantía a la doble instancia, para que como consecuencia de ello, (i) se dejen sin efectos las decisiones del 2 y del 14 de mayo de 2012, proferidas por la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación y, respectivamente; y (ii) se ordene a la autoridad accionada que conceda el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente contra la resolución del 6 de marzo de 2012 (radicado 11897-6).

Previo exposición de los antecedentes, sustentó su petición en que se han configurado las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, consistentes en la violación directa de la Constitución y el defecto procedimental absoluto, por desconocerse la garantía de la doble instancia en las actuaciones jurisdiccionales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación. Estima que acorde con el artículo 31 de la

Carta, “(...) toda providencia judicial en materia penal podrá ser apelada (...)”, salvo las excepciones legales. Cita en su favor algunos apartes de lo que considera la doctrina nacional más respetada.

Manifestó que el Fiscal General de la Nación “ignoró flagrantemente una disposición que hace parte del bloque de constitucionalidad; a saber: el artículo 27 de la Ley 270 de 1996 – Ley Estatutaria de Justicia (...)”, precepto que garantiza la doble instancia contra las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal Delegado. Recordó que este mandato hace parte del bloque de constitucionalidad según la sentencia C-740 de 2003, norma que (...) amplió el alcance del derecho a la doble instancia previsto en el artículo 29 Superior. En consecuencia, afirmó que toda resolución interlocutoria adoptada por un fiscal delegado puede ser objeto del recurso de apelación.

Igualmente, argumentó que se configuró el defecto procedimental absoluto, pues, la violación antes descrita acarreó el desconocimiento de las disposiciones procesales llamadas a regular la investigación contra su representado, más concretamente lo contenido en la Ley 600 de 2000, la cual además dispone que (...) las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas, salvo las excepciones que consagre la ley (...).

Adicionalmente, explica que no concurren estas circunstancias, toda vez que se echa de menos la norma de rango legal o constitucional que limite la garantía de doble instancia durante la etapa de investigación de los aforados a los que hace referencia el artículo 235 Constitucional, conforme a la modificación introducida por el acto legislativo 06 de 2011; es decir, no existe disposición que establezca que la investigación de aforados debe adelantarse en única instancia, para los casos en que el ejercicio de la acción penal ha sido delegado por el Fiscal General de la Nación a un funcionario de inferior jerarquía. Advierte que cuando es el Fiscal General quien decide, resulta imposible la alzada, pero, en el caso de Fiscales Delegados, resulta factible la impugnación ante el Despacho del Fiscal General de la Nación.

3.- Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente (Cuaderno 1)

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las que a continuación se relacionan y, cuyos contenidos fueron reseñados sucintamente en los

antecedentes de esta providencia.

- Resolución del 6 de marzo de 2012, proferida por la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (folios 16 al 154).
- Sustentación del recurso de reposición y, en subsidio de apelación, interpuestos el 16 de marzo de 2012 (folios 156 al 173).
- Resolución del 2 de mayo de 2012, proferida por la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (folios 175 al 252).
- Sustentación del recurso de queja, interpuesto el 8 de mayo de 2012 (folios 254 al 264).
- Resolución del 14 de mayo de 2012, proferida por la Fiscalía General de la Nación (folios 266 al 269).

4.- Respuesta de las entidades accionadas

Mediante auto del 27 de agosto de 2012, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió la acción de tutela y corrió traslado a las autoridades accionadas para que se pronunciaran acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

4.1. Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Mediante oficio del 29 de agosto de 2012[2], el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que en el caso concreto, no procedía el recurso de apelación incoado por el defensor del doctor Bernardo Moreno Villegas contra la resolución de marzo 6 de 2012, por tratarse de un proceso de única instancia contra un aforado constitucional, susceptible únicamente del recurso de reposición contra las decisiones que allí se adopten ya sea por el Fiscal General o por el Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la delegación a él conferida.

Aportó como prueba documental: Resoluciones del 6 de marzo y del 2 de mayo de 2012, proferidas por la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y Resolución del 14 de mayo de 2012, proferida por la Fiscalía General de la Nación (en 226 folios,

cuaderno aparte).

4.2. Fiscalía General de la Nación

La autoridad accionada guardó silencio en esta oportunidad procesal.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Mediante sentencia del 5 de septiembre de 2012, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo solicitado por considerar que el proceso penal no ha concluido y se encuentra en etapa de instrucción, que el mecanismo de tutela no fue creado para revisar de forma paralela o anticipada las decisiones judiciales y, por ende, se deben agotar los instrumentos de defensa establecidos. Al respecto, el cuerpo colegiado explicó:

(...) la presente tutela resulta prematura, pues, como quedó visto, está en curso el proceso penal cuestionado, donde no se ha dictado sentencia, momento propicio para estudiar las irregularidades nacidas en la actuación punitiva, como sería la variación de la calificación jurídica de la conducta o la viabilidad de la alzada frente a la nulidad decretada por el ente acusador (a folio 302 del cuaderno 1).

El fallo no fue impugnado y, tras renunciar a términos al apoderado solicitó la remisión de las diligencias para la eventual revisión.

III.- ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Pruebas allegadas

Esta Sala de Revisión concluyó que era necesario recaudar algunas pruebas, con el fin de esclarecer los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia y allegar al proceso elementos de juicio relevantes para adoptar la decisión que corresponde.

En consecuencia, mediante auto del 14 de marzo de 2013, ordenó suspender el término para fallar el proceso de la referencia, mientras se surtía el trámite correspondiente, y solicitó las siguientes pruebas:

PRIMERO.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR a la Fiscalía

General de la Nación, para que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la comunicación de este Auto, le informe a la Sala Cuarta de Revisión, lo siguiente:

- Relación de las actuaciones y estado actual de la investigación, con Radicado #UI 11897-6 (035), contra Bernardo Moreno Villegas, a cargo del Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.
- Estado actual de otras investigaciones en curso contra Bernardo Moreno Villegas, si las hubiere.

Adicionalmente, sírvase remitir a esta Corporación la documentación que soporte su respuesta al presente requerimiento.

El 2 de abril de 2013, la Secretaría General de esta corporación informó al despacho del magistrado ponente que recibió los siguientes escritos:

- Oficio No. 16000-043-01-2302 del 22 de marzo de 2013, firmado por el Fiscal Sexto Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (envío por fax, a folios 11 al 18 y, su original, obra a folios 23 y 28 del cuaderno principal) en el que informó sobre las actuaciones adelantadas contra Bernardo Moreno Villegas, en el radicado 11897-6, actualmente proceso número 13403, y allegó copia de las mismas (constan en 929 folios, en siete (7) cuadernos de pruebas) que sucintamente se reseñan así:
 - 23 de febrero de 2005: auto inhibitorio proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra Yidis Medina Padilla.
 - 10 de abril de 2008: la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia revoca el auto inhibitorio y reanuda la investigación en contra de Yidis Medina Padilla.
 - 8 de mayo de 2008: la Corte Suprema de Justicia, al resolver la situación jurídica de Yidis Medina Padilla, ordenó remitir copia de lo actuado dentro del proceso contra la exparlamentaria para que se investigara la comisión de posibles conductas delictivas.
 - 9 de mayo de 2008: el Fiscal General de la Nación se declaró impedido para avocar conocimiento de la diligencias, impedimento aceptado por la Corte Suprema de Justicia, asignándosele el conocimiento al Vicefiscal General de la Nación, respecto de Sabas Pretelt

De la Vega, únicamente.

- 1º de julio de 2008: advirtiendo lo anterior, el Fiscal General de la Nación reiteró su impedimento para avocar conocimiento de las diligencias, respecto de Diego Palacio Betancourt, Alberto Velásquez Echeverri y Bernardo Moreno Villegas.
- 23 de junio de 2008: Vicefiscal General de la Nación profirió resolución de apertura de instrucción y se ordena escuchar en indagatoria a Sabas Pretelt De la Vega (practicada junio 24 de 2008 y ampliada octubre 16 de 2008).
- 19 de agosto de 2008: Vicefiscal General de la Nación profirió resolución de apertura de instrucción respecto de Diego Palacio Betancourt, Alberto Velásquez Echeverri y Bernardo Moreno Villegas.
- 3 de septiembre de 2008: Diego Palacio Betancourt es escuchado en diligencia de indagatoria, ampliada el 8 de septiembre de 2008.
- 11 de septiembre de 2008: Alberto Velásquez Echeverri y Bernardo Moreno Villegas son escuchados en diligencia de indagatoria.
- 18 de junio de 2009: se dispuso el cierre parcial de investigación respecto de Sabas Pretelt De la Vega. Ministerio Público interpuso recurso de reposición, posteriormente, desistió de su trámite.
- 8 de noviembre de 2010: se dispuso el cierre de instrucción respecto de Diego Palacio Betancourt, Alberto Velásquez Echeverri y Bernardo Moreno Villegas. Resolución impugnada y confirmada el 7 de enero de 2011.
- 23 de agosto de 2011: la Fiscal General de la Nación, por falta de competencia del funcionario que la emitió, declaró la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución del 8 de noviembre de 2010, por la cual se dispuso el cierre de instrucción respecto de Diego Palacio Betancourt, Alberto Velásquez Echeverri y Bernardo Moreno Villegas.
- 31 de agosto de 2011: Encontrándose en firme la anterior resolución, Bernardo Moreno Villegas solicitó la nulidad de las resoluciones del 23 de septiembre y 8 de

noviembre de 2010, por las cuales el Vicefiscal General de la Nación negó la práctica de unas pruebas y decidió no reponer dicha determinación, en atención a la falta de competencia del funcionario judicial quien las adoptó.

- 12 de septiembre de 2011: Fiscal General de la Nación niega la solicitud de nulidad y decreta el cierre de investigación respecto de Bernardo Moreno Villegas. Decisión impugnada y confirmada el 23 de noviembre de 2011.

- Resolución 0203 del 7 de febrero de 2012: Fiscal General de la Nación delegó en el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia las funciones de investigación y acusación del proceso 11897, entre otros.

- 6 de marzo de 2012: Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución del 12 de septiembre de 2011, por la cual se decretó el cierre de investigación respecto de Bernardo Moreno Villegas. Dispuso la ruptura de la unidad procesal y compulsó copias para continuar la actuación en lo relacionado con Bernardo Moreno Villegas.

- 2 de mayo de 2012: el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de reposición interpuesto, confirmó la decisión y no concedió el recurso de apelación, interpuesto por Diego Palacio Betancourt y Bernardo Moreno Villegas.

- 10 de mayo de 2012, el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, niega por improcedente el recurso de reposición interpuesto por Alberto Velásquez Echeverri contra la resolución del 2 de mayo de 2012.

- 14 de mayo de 2012: El Fiscal General de la Nación, resuelve el recurso de queja interpuesto por Bernardo Moreno Villegas y decide no conceder la apelación interpuesta.

- 22 de junio de 2012: el Fiscal General de la Nación (e) delegó en el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia las funciones de investigación y acusación del proceso 13403, entre otros, correspondiente a la investigación contra Bernardo Moreno Villegas.

- 25 junio de 2012: el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia avocó conocimiento de las diligencias y ordenó ampliar la diligencia de indagatoria de Bernardo

Moreno Villegas, la cual se realizó el 31 de agosto de 2012, por el delito de tráfico de influencias.

- 26 de febrero de 2013: el Fiscal General de la Nación reasignó a la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia las funciones de investigación y acusación del proceso 13403, entre otros, correspondiente a la investigación contra Bernardo Moreno Villegas.

Asimismo, el fiscal delegado manifiesta que al momento del envío de esta documentación, el expediente se encontraba en proceso de entrega de la Fiscalía Sexta a la Fiscalía Octava.

1. Radicado 11897, sindicado SABAS PRETEL DE LA VEGA y otros, el cual se encuentra inactivo por haber quedado ejecutoriada la resolución de acusación el 24 de mayo de 2012 y remitido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con Oficio 4706 de mayo 29 de 2012.

2. Radicado 13403, sindicado BERNARDO MORENO VILLEGAS que se originó de la ruptura procesal del radicado 11897, actualmente al despacho de la Fiscalía 8 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

3. C 110016000102200900122 de la Fiscalía 2 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, actualmente en juicio en la sala penal de la Corte Suprema de Justicia.

A folios 82 y 83 del Cuaderno de Pruebas, obra copia de la resolución 0203 de febrero 7 de 2012, por medio de la cual, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución, modificado por el artículo 3 del acto legislativo 6 de 2011, la Fiscal General de la Nación delega en el Fiscal 6º de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la investigación y acusación de los hechos materia de varias diligencias, entre ellas, las radicadas con el número 11897, relacionadas con el asunto de esta actuación de tutela. Igualmente, en cuaderno separado (que consta de 226 folios) reposa copia de otras actuaciones ya descritas en estos antecedentes.

Adicionalmente, mediante auto del 18 de junio de 2015, solicitó lo siguiente:

PRIMERO.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR a la Fiscalía

General de la Nación, para que, en el término de dos (2) días contados a partir de la comunicación de este auto, le informe a la Sala Cuarta de Revisión sobre el estado actual de la investigación identificada con el número 13403, contra Bernardo Moreno Villegas.

Adicionalmente, sírvase remitir a esta Corporación la documentación que soporte su respuesta al presente requerimiento.

El 25 de junio de 2015, la Secretaría General de esta corporación informó al despacho del magistrado ponente que recibió el Oficio No. 4445 del 23 de junio de 2015, firmado por la Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en el que informó lo siguiente:

1. La investigación radicada bajo el número 13403, seguida en contra del ciudadano BERNARDO MORENO VILLEGAS, se tramita bajo el sistema procesal de la Ley 600 de 2000, a cargo de la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

2. El proceso en mención se encuentra en etapa de instrucción e ingresó al Despacho para calificar el mérito del sumario el 16 de marzo de 2015. Actualmente se encuentra para dicho trámite.

Asimismo, remitió copia de las actuaciones registradas en el sistema de información SIJUF de la Fiscalía General de la Nación, así como del informe secretarial del paso al despacho para calificar.

2. Escritos adicionales del apoderado

El 19 de febrero de 2014, la Secretaría General de esta Corporación informó al Despacho del magistrado ponente que recibió memorial del apoderado de Bernardo Moreno Villegas, en el cual expuso los que a su juicio son los elementos más relevantes, del amparo solicitado. En síntesis, dijo el memorialista:

- Antes de la expedición del acto legislativo 06 de 2011, quienes ostentaban la calidad de aforados constitucionales, solo podían ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, únicamente, por ende, era inviable la apelación.

- Al ser investigados los aforados constitucionales por un funcionario de la mayor

jerarquía posible, es decir, la máxima autoridad, se garantiza su derecho al debido proceso penal (fundamento constitucional).

- En consecuencia, cuando el Fiscal General delega la investigación de un aforado constitucional, (...) desaparecen las razones por la cuales anteriormente no le era dado a los aforados constitucionales apelar las providencias interlocutorias (...); por dos razones: (i) existencia de un funcionario de superior jerarquía (Fiscal General) y (ii) desaparece el fundamento constitucional que permitía establecer la excepción de doble instancia, pues el aforado ya no está siendo investigado por el funcionario de mayor jerarquía.

- En el caso concreto, pese a que la investigación del actor estaba siendo surtida por la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (por delegación de la Fiscalía General de la Nación), el recurso de apelación fue inadmitido y desestimado, vulnerado así su derecho fundamental al debido proceso penal (garantía de doble instancia penal). Para el apoderado de Moreno Villegas, no existe norma que establezca que los procesos de los aforados son de única instancia y, con ello se está generando una excepción discriminatoria.

El 12 de mayo de 2015, se allegó otro memorial del apoderado en el cual insiste en que el problema jurídico se contrae a definir el alcance de la garantía de la doble instancia para los aforados constitucionales, pues, no hay norma que establezca que ese tipo de procesos son de única instancia. Insiste en sus argumentos destacando la importancia de la doble instancia en materia penal y el vigor del artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dada la adscripción de esta última al bloque de constitucionalidad.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo ordenado por el auto del 24 de octubre de 2012, proferido por la Sala de Selección N° 10.

2.- Problema jurídico

Corresponde en esta ocasión, a la Sala Cuarta de Revisión, establecer si razón le asiste a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando mediante sentencia del 5 de septiembre de 2012, negó el amparo contra la resolución de mayo 14 de 2012, proferida por el Fiscal General de la Nación. Decisión esta última, a través de la cual se denegó la concesión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Bernardo Moreno Villegas contra la resolución de marzo 6 de 2012, solicitud que había sido resuelta desfavorablemente por el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia por resolución de mayo 2 de 2012; vulnerándose con ello, en el sentir del solicitante, el derecho fundamental al debido proceso del sindicado al no concederle el derecho a acceder a la segunda instancia, establecido en el artículo 31 de la Constitución Política, implicando de contera la inaplicación de lo dispuesto en la Ley 600 de 2000 e, incurriendo la decisión cuestionada, tanto en un defecto procedimental absoluto, como en una violación directa de la Constitución.

Con miras a resolver el problema jurídico, la Sala de Revisión recordará los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, verificará su cumplimiento en el caso concreto. Seguidamente se aludirá a los requisitos especiales cuyo cumplimiento obliga al amparo deprecado. Para verificar si estos últimos tienen lugar, la Sala, (i) considerará el estatus jurídico de la segunda instancia y algunas de sus limitaciones (ii) la regulación del acceso a la segunda instancia en el artículo 27 de la ley estatutaria de la administración de justicia y, (iii) se referirá, de manera sucinta, a la potestad del delegado; para finalmente dilucidar el problema jurídico en el caso concreto.

3.- Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa, al que puede acudir cualquier persona para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En esta oportunidad, el señor Bernardo Moreno Villegas actuó en defensa de sus derechos, a través de apoderado, razón por la que se encuentra legitimado. La Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente

proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

Con todo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido el carácter excepcional y restrictivo de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones con carácter judicial, naturaleza atribuible a la aquí cuestionada en la medida en que orgánicamente la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial (Art. 249 -inc.3º- constitucional) pues, con ello se comprometen los principios constitucionales de los que se desprenden, el respeto por la cosa juzgada, la preservación de la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía judicial, y el sometimiento de los conflictos a las competencias ordinarias de estos[3].

El fundamento del amparo contra providencias judiciales se encuentra en (i) el carácter normativo y supremo de la Carta Política, que vincula a todos los poderes públicos -C.P. art. 4º-; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales -C.P. arts. 2º 5º y 85-; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional, a cual se le confía la guarda de la integridad y supremacía del Texto Superior, y en el marco de tales funciones, la de interpretar el alcance de sus normas y proteger los derechos fundamentales -C.P. art. 241-; y (iv) en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública, en defensa de sus derechos fundamentales -CP art. 86-[4].

En armonía con dicho sustentos, el ejercicio de la acción, solo será procedente de manera residual, esto es, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable[5]. Así pues, el uso del mecanismo en estudio, no puede admitirse, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues, con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las vías fijadas en esos procedimientos para discutir las decisiones que se adopten[6].

Es por ello que ya en una decantada jurisprudencia construida desde la sentencia C- 543 de 1992, se han sentado las premisas que permiten examinar en cada caso concreto[7] la

viabilidad del amparo frente a providencias, criterios que han de tener en cuenta los operadores jurídicos cuando se acuda a ellos en busca de protección frente a decisiones judiciales que en el sentir del respectivo afectado, resulten lesivas de sus derechos fundamentales. Así pues, resultado de una labor de sistematización sobre la materia, en las sentencias SU-813 de 2007[8] y SU-811 de 2009[9], la Sala Plena de la Corte Constitucional, siguiendo los parámetros consignados en la sentencia C-590 de 2005[10], distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.

En cuanto a los primeros, también denominados requisitos formales, debe decirse que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilita al juez de tutela para evaluar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causa específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial. Se trata de condiciones, sin las cuales, no sería posible abordar el examen de la decisión cuestionada. Ellas son:

- (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes. Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en instrumento apto para involucrarse en asuntos propios de la órbita de otras jurisdicciones.
- (ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- (iii) Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable contado desde el momento en que se produjo la vulneración o, amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con el requisito de la inmediatez. Lo cual, contribuye a la guarda de los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica.
- (iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que con ella se conculquen los derechos fundamentales del actor.
- (v) Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre y cuando esto hubiere sido posible.

(vi) Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela. Con lo cual se evita que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen indefinidamente.

En el asunto en estudio, se advierte que se cumplen los citados requisitos generales de procedibilidad así:

a) La Relevancia constitucional del asunto bajo examen

Para la Sala de Revisión, el ataque dirigido contra el pronunciamiento de la Fiscalía General de la Nación que denegó el recurso de apelación contra la resolución del 6 de marzo de 2012, implica la denegación de un derecho constitucional que prime facie tiene la connotación de derecho fundamental. Adicionalmente, la presunta afectación de un derecho con tal estatus, comporta una posible transgresión tanto del carácter normativo de la Carta (artículo 4), como de la exigencia de realización efectiva de los derechos (artículo 2) y de la primacía de los derechos inalienables (artículo 5). Por ende, está plenamente acreditada la relevancia constitucional del asunto objeto de revisión.

b) El agotamiento de los mecanismos ordinarios al alcance del actor

Por lo que atañe a las vías procesales con las que cuenta el afectado para lograr la concesión de un recurso que le permita acceder a la segunda instancia, para que se revise por el Superior Jerárquico del Fiscal Sexto Delegado, lo resuelto en la providencia de marzo 6 de 2012 y, se modifique lo decidido en la resolución de mayo 2 de la misma anualidad, encuentra la Sala de Revisión que a través de su apoderado, se solicitó tramitar al recurso de apelación, pedimento que no tuvo éxito frente al citado Fiscal Delegado. En esa situación, se acudió en recurso de queja ante el Despacho del Fiscal General de la Nación, resultando igualmente infructuosa la gestión.

Así pues, se observa que el afectado agotó las posibilidades existentes para lograr el otorgamiento de una instancia superior al Fiscal Sexto Delegado, con miras a inspeccionar nuevamente los pedimentos elevados ante el citado funcionario investigador. En respuesta a sus requerimientos, se le manifestó que dada su condición de aforado y, por tratarse de un proceso de única instancia, no tenía cabida la pretendida apelación.

En esa medida, valora esta Sala, se cumple la exigencia de agotamiento de los mecanismos ordinarios, encaminados a proteger lo que el sindicato estima como su derecho fundamental a obtener en el caso concreto, un medio de impugnación ante una segunda instancia.

c) El requisito de inmediatez

Por lo que concierne a la inmediatez, se advierte que la demanda de tutela fue presentada el 24 de julio de 2012, para cuestionar una decisión que fue proferida el 14 de mayo de 2012. Teniendo en cuenta que debieron surtir las notificaciones, pues sin tales actos la decisión cuestionada no habría surtido efectos, observa la Sala que los dos meses y 10 diez días transcurridos desde la expedición de la providencia y el requerimiento de protección, resultan razonables, con lo cual, entiende la Sala se cumple el requisito en estimación.

d) El efecto de la irregularidad procesal en la decisión impugnada

e) La identificación razonable de los hechos y derechos presuntamente vulnerados, y su alegación en el proceso judicial

Para la Sala, esta exigencia se encuentra plenamente atendida dado que tal como se describió en los antecedentes y, en el apartado que reseña la demanda de tutela, está suficientemente claro que la resolución emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se negó la apelación de la decisión proferida por el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia el 6 de marzo de 2012, en el sentir del afectado, resulta violatoria de su derecho al debido proceso y más específicamente del acceso a una segunda instancia.

f) No se trata de una tutela contra tutela

Tal como se colige de todo lo dicho, no se trata de un requerimiento de protección contra un pronunciamiento de tutela, sino de una solicitud de amparo frente a una decisión proferida por el Fiscal General de la Nación.

Superado en el caso concreto, el examen de cumplimiento de los presupuestos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se impone revisar lo concerniente a los requisitos especiales de procedibilidad de la acción contra decisiones

judiciales.

4.- Requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Por lo que tiene que ver con los requisitos especiales de procedibilidad del amparo contra decisiones judiciales, esta Sala rememorando la jurisprudencia sobre el tema, in extenso los ha citado, así[11]:

a. En un defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. (...).

b. En un defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando este se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedimental, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión.(...) (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado.

c. En un defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita

la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso.(...). En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

(...)

d. En un defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, (...). Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

f. En error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

g. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional (...).

h. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

i. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

Acorde con lo indicado, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta imprescindible: (i) no solo que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) sino, también, que la decisión cuestionada por vía de tutela haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos y, finalmente, (iii) que el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales.

5.- Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si se ha configurado alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, previamente la Sala Cuarta de Revisión caracterizará brevemente y, de acuerdo con las acusaciones elevadas por el apoderado del peticionario, el defecto procedimental absoluto y la violación directa de la Constitución.

5.1. El defecto procedimental absoluto

Esta Corporación ha señalado que se incurre en un defecto procedimental, cuando el funcionario judicial encargado de adoptar la decisión, no actúa ciñéndose a los postulados procesales aplicables al caso y, a contrario sensu, desconoce de manera evidente los supuestos legales, lo cual finalmente deriva en una decisión manifiestamente arbitraria que, de contera, vulnera derechos fundamentales[13]. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado:

(...) [E]l defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Pero para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción de tutela será necesario, adicionalmente (...) entre otros que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso.[14]

De igual manera, este Tribunal ha indicado que el defecto procedimental absoluto se puede configurar porque el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia[15]; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes[16] o (iii) pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales[17].

Con todo, para que sea procedente la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procedimental, la jurisprudencia constitucional ha precisado que deberán concurrir los siguientes elementos:

(i) (Q)ue no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos

fundamentales[18]; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico[19]; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales (Sentencias SU-159 de 2002, C-590 de 2005 y T-737 de 2007)[20].

Es importante precisar que esta causal de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, en el caso sub judice, presenta una estrecha relación con el defecto por la violación directa a la Constitución, el cual se pasará a caracterizar a continuación.

5.2. La violación directa de la Constitución

El considerar la Constitución como norma de normas y, el mandato de aplicarla en todo caso de incompatibilidad entre sus disposiciones y las de la ley, u otra norma jurídica[21]; impulsaron la tesis jurisprudencial que consideró la vulneración directa de la Carta Política como una causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias distinta de la que se enmarca en las condiciones del defecto sustantivo[22]. En otras palabras, dicho defecto se produce cuando se deja de aplicar una disposición constitucional en un caso concreto; cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución;[23] o cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.[24]

En atención a esas consideraciones, la Corte ha entendido que dicho defecto se estructura cuando una providencia judicial desconoce determinados postulados de la Carta Política, omitiéndolos por completo, contradiciéndolos, o dándoles un alcance insuficiente[25]. De manera más específica la jurisprudencia ha entendido que se desconoce la Constitución porque (...) (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto[26]; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución (...).[27]

En la misma providencia se recordaba:

En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución: (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional,

(b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata,[28] y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución[29].

En el segundo caso, la jurisprudencia ha sostenido que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que de conformidad con el artículo 4 de la C.P., la Constitución es norma de normas, y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales, mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.[30]

Las providencias que incurren en este tipo de defecto no solo vulneran el derecho al debido proceso de las partes involucradas en el trámite, sino que también desconocen la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico (art. 4º CP), por cuanto se apartan de sus mandatos con base en argumentos infraconstitucionales[31]. En efecto, debido al actual modelo de ordenamiento constitucional, que reconoce valor normativo a los preceptos superiores, resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados[32].

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Revisión procederá al análisis del caso concreto, previa consideración de algunos supuestos ya anunciados y necesarios para tal cometido.

6.- El estatus jurídico de la doble instancia y algunas de sus limitaciones como derecho

La doble instancia ha tenido un diverso tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, en particular, en la de esta Corporación. Se ha dicho que se trata, bien de un principio, bien de una garantía o, bien de un derecho. Sin duda, esta diferente condición comporta implicaciones y más, en tratándose de su eventual protección por la vía del amparo. De tal modo que la protección a través del mecanismo de tutela exige que se trate de un derecho fundamental o, que su desconocimiento comporte la amenaza o violación de un derecho de tal calidad.

Resulta claro que la doble instancia está contemplada en el ordenamiento jurídico, con lo cual, no se puede desconocer que dada tal situación, reviste carácter vinculante para los

destinatarios de las normas del respectivo ordenamiento y, cuenta con la posibilidad de lograr su materialización por vía de la coacción.

En el caso colombiano, no solo aparece consagrada en el ordenamiento jurídico, sino que alcanza el rango de precepto constitucional, tanto es así que el constituyente la instituyó, en el artículo 31 de la Carta, en los siguientes términos:

El Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

El artículo 29 constitucional también incluye entre las garantías propias del debido proceso la de impugnar la sentencia condenatoria.

También ha sido estipulada por vía legal, tanto por decisión del legislador estatutario, como por voluntad del legislador ordinario. El primero de ellos dispuso en el artículo 27 de la ley 270 de 1996

ARTICULO 27. DOBLE INSTANCIA. Se garantiza la doble instancia en las actuaciones jurisdiccionales que adelante la Fiscalía General de la Nación. En tal virtud, contra las providencias interlocutorias que profiera el fiscal delegado que dirija la investigación proceden los recursos de apelación y de hecho.

Cuando esté pendiente el trámite y resolución de un recurso de reposición o de apelación, el Fiscal General de la Nación no podrá asumir directamente la investigación mientras se resuelva el recurso, sin perjuicio de que pueda designar otro fiscal de primera instancia que continúe la investigación.

A su vez, el legislador ordinario estableció en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 20. Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.[33]

Entendida como principio cabría apuntar que la doble instancia tiene la virtud de irradiar el ordenamiento jurídico, de tal modo que la lectura de los preceptos que hacen parte del mismo, no debe desconocer el peso que esta tiene en el entendimiento y aplicación del

derecho. Esta Corporación se ha referido en ocasiones a la doble instancia como principio, así por ejemplo, en la sentencia C-345 de 1993, la Corte declaró inexecutable unas disposiciones del procedimiento contencioso que definían las instancias, a partir de los ingresos salariales propios del cargo del servidor público que demandase. En esa oportunidad la Corte acudiendo al principio de igualdad expuso:

(...) el verdadero sentido de la doble instancia no se puede reducir a la mera existencia - desde el plano de lo formal/institucional- de una jerarquización vertical de revisión, ni a una simple gradación jerarquizada de instancias que permitan impugnar, recurrir o controvertir y, en últimas, obtener la revisión de la decisión judicial que se reputa injusta o equivocada, ni a una concepción de la doble instancia como un fin en sí mismo. No. Su verdadera razón de ser es la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad. Ella es pues un medio para garantizar los fines superiores del Estado, de que trata el artículo 2° de la Carta, particularmente en este caso la eficacia de los derechos.

Así concebida, la doble instancia es apenas un mecanismo instrumental de irrigación de justicia y de incremento de la probabilidad de acierto en la función estatal de dispensar justicia al dirimir los conflictos (dada por la correlación entre verdad real y decisión judicial). Su implementación solo se impone en aquellos casos en que tal propósito no se logre con otros instrumentos. Cuando ello ocurra, bien puede erigir el Legislador dichos eventos en excepciones a su existencia. (Negrilla fuera de texto)

Igual tratamiento de principio se le dio a la doble instancia, entre otras en las sentencias C-017 y C-102 de 1996, en las cuales, el pleno de la Corte, al revisar disposiciones legales que establecían procesos disciplinarios de única instancia, en el seno de la Procuraduría General de la Nación, continuando por la senda trazada en el aparte jurisprudencial transcrito; decidió declarar la inexecutable de aquellos enunciados legales observando lo siguiente:

(...) Las restricciones de la doble instancia consagrada por las normas impugnadas son entonces irrazonables y, por ende, son discriminatorias y violan el principio de igualdad. Ellas serán entonces declaradas inexecutable en la parte resolutive de esta sentencia. Como es obvio, el efecto de esa declaratoria de inconstitucionalidad es que las sanciones disciplinarias impuestas por estos procuradores delegados, que hasta este momento eran

de única instancia, podrán ser apeladas ante el Procurador General de la Nación pero, por elementales razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será únicamente hacia el futuro. Por ende se extenderá únicamente a las sanciones disciplinarias que impongan estos procuradores delegados a partir de la notificación del presente fallo (...)

En las providencias en cita, la Corte manifestó que la segunda instancia para los disciplinados que quedaban cobijados con la declaratoria de inexequibilidad referida, se debía surtir ante el Despacho del Procurador General de la Nación. Como se pudo apreciar, lo que se hizo en esa ocasión fue extender el vigor del mandato constitucional a un conjunto de situaciones de las cuales estaba irrazonablemente excluido.

En otras ocasiones y por expreso mandato constitucional el principio de la doble instancia ha cedido frente a otros preceptos de rango constitucional, tal aconteció en la sentencia C-411 de 1997, cuando al ser cuestionada la expresión única instancia, contenida en las competencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Pleno de la Corte Constitucional, se decantó por la exequibilidad del enunciado legal respectivo y dijo:

(...) Al efectuar el análisis de constitucionalidad solicitado, esta Corte ha de reiterar que el principio de la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (artículo 31 C.P.), a cuyo tenor “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” (subraya la Corte).(...)

La estimación de la doble instancia como principio también encuentra expresiones doctrinales, así por ejemplo, Hernando Devis Echandía lo menciona como principio de las dos instancias y lo deduce de los principios de impugnación y contradicción, en virtud de los cuales, (...) la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que todo proceso, como regla general, sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente (...)[34]

El entendimiento de la doble instancia como garantía también ha encontrado eco en esta Corporación, así por ejemplo, en la sentencia C-792 de 2014, al analizarse el derecho a la impugnación, la mayoría de la Sala, trazó la siguiente diferencia respecto de la segunda instancia:

(...)en cuanto al status jurídico, mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas(...)

El entendimiento de la segunda instancia como garantía parece asimilarse a una suerte de mecanismo de protección de otros derechos, suele ser una comprensión usual, la cual, se evidencia cuando se desestiman los reclamos a acceder a una segunda instancia por considerar que no se están quebrantando otros derechos como el debido proceso o, el acceso a la administración de justicia. Una muestra de este entendimiento se observa en la sentencia C-863 de 2008, en la cual se juzgaba la constitucionalidad de un enunciado legal que atribuye a los jueces civiles municipales en única instancia, el conocimiento de un tipo de controversias en materia de derechos de autor; en esa oportunidad justificando la exequibilidad, dijo la Sala:

(...) si bien la doble instancia es requisito indispensable del debido proceso tanto en materia penal (artículo 29 C.P.) como en la esfera de la tutela (Artículo 86 de la C.P.), fuera de esos ámbitos “la doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso”[35]/[36] ni la supresión de la segunda instancia es de suyo una negación del derecho de acceso a la justicia[37]. De ahí que la Constitución le confiere al legislador un amplio margen de configuración para establecer excepciones a la doble instancia, siempre que se respeten los derechos fundamentales (...)

Sin pretender homologar la segunda instancia de sentencias condenatorias con los autos proferidos en el curso de dichos procesos cabe sostener que otra posible comprensión de la

doble instancia como garantía hace relación a una de las funciones que se le atribuyen a los derechos fundamentales, cual es, la de entenderlos como garantías institucionales. En este último sentido, la segunda instancia fungiría como una garantía constitucional de otro elemento arquitectural indispensable del ordenamiento constitucional[38], cual es el debido proceso, en tratándose del acceso a la administración de justicia.

Si bien la tajante distinción entre el derecho a la impugnación y la doble instancia, intentada en el obiter dicta[39] de la sentencia C-792 de 2014, citado párrafos atrás, podría ser revisada más minuciosamente, en esta ocasión, la Sala de Revisión se contrae a poner de presente que se trata de otra lectura de la doble instancia, la cual, será retomada en algún sentido, posteriormente. Por lo pronto, cabe anotar que tal apreciación entendería algunas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales como fundamento del derecho a la impugnación y no de la garantía de la doble instancia. Entre dichos preceptos se destacan el numeral 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual a tenor literal reza:

(...) 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (...)

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que al consagrar las garantías judiciales en el artículo 8, se dispuso en el literal h) del numeral 2 lo siguiente:

(...) toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)

Igualmente, el párrafo v del literal b), del numeral 2 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, preceptúa:

(...) 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor,

que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes, garantizarán, en particular:

(...)

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

(...)

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; (...)

Con todo, no podría la Sala de Revisión olvidar la connotación que como derecho también se le ha atribuido a la segunda instancia. En dicha perspectiva, puede ubicarse lo considerado en la sentencia C- 254A de 2012, en la cual el Pleno de la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 1 Ley 144 de 1994, que le asigna en única instancia la competencia en materia de pérdida de investidura al Consejo de Estado. En la referida providencia, la Corte se decantó por la exequibilidad del precepto, fundándose, en una conclusión obtenida de la línea jurisprudencial sobre el tema y cuyo tenor fue el siguiente:

(...) puede concluirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la doble instancia no es absoluto, pues existen eventos en los cuales puede restringirse por el legislador, siempre y cuando se respeten una serie de criterios especiales como la razonabilidad y la proporcionalidad frente a las consecuencias impuestas a través de la providencia que no puede ser objeto del recurso de apelación.(...) (negrillas fuera de texto).

Importante en esta consideración resulta la calificación de dicho derecho y, en ese aspecto,

resulta relevante definir si ostenta la calidad de fundamental. Para la jurisprudencia dicha estimación también ha tenido lugar. Como evidencia de ello, se tiene la sentencia C- 956 de 1999, uno de cuyos temas a examinar, por su singular transcendencia para el objeto de esta tutela, se transcribe:

(...) el accionante formula el cargo de inconstitucionalidad con sustento en la vulneración del derecho al debido proceso y defensa, por cuanto estima que la falta de precisión legal acerca de quién deberá conocer de la apelación de la providencia inhibitoria que dicten los fiscales delegados ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha permitido que esos funcionarios, por carecer de superior jerárquico, sólo admitan el recurso de reposición ante el fiscal ponente que profirió dicha resolución, desconociendo la voluntad misma del legislador de que exista una doble instancia para tal providencia.(...)

Al inspeccionar la cuestión, el Pleno de la Corte Constitucional recordaba:

(...) Como lo ha sostenido esta Corporación[40], la doble instancia no forma parte del núcleo esencial del debido proceso; por lo tanto, es de materia de ley fijar las excepciones en las cuales no procede la apelación o consulta de una sentencia judicial, salvo cuando se trate de sentencias condenatorias, respecto de las cuales la doble instancia configura un derecho fundamental de las personas o en los fallos de tutela en los cuales, según la propia Carta (arts. 29 y 86), es esencial que exista dicho principio[41]. (...) (Negritas fuera de texto).

Tras lo cual, la citada providencia C- 956 de 1999 recordó que la Corporación en la sentencia C-150 de 1993, al pronunciarse sobre las excepciones legales a la doble instancia en relación con las providencias interlocutorias, manifestó lo siguiente:

La Corte no encuentra que exista obstáculo alguno de carácter constitucional, que impida al Legislador proveer sobre la materia en ciertas hipótesis acerca de la improcedencia de recursos contra providencias distintas a las sentencias condenatorias; en este sentido se tiene en cuenta lo dispuesto por el citado inciso cuarto del artículo 29 de la Carta, en concordancia con el inciso 1o. del artículo 31 de la C.N., en la parte que indica que quien sea sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Igualmente se señala que el Legislador no puede ordenar la improcedencia de los recursos contra la sentencia condenatoria, ni establecer excepciones

al respecto, salvo el caso de los fueros especiales en materia penal radicados en la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional, ya que ésta es según definición de la propia Carta, el máximo organismo de la Jurisdicción ordinaria.

Para finalmente concluir lo que a continuación se cita in extenso dada su relevancia para el caso sub examine:

(...) Con base en lo anterior, debe concluirse que no configura un desconocimiento del ordenamiento constitucional, en lo que toca con los derechos al debido proceso y defensa, que las resoluciones inhibitorias proferidas por los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su facultad de investigar, calificar y acusar a algunos servidores públicos con fuero legal[42], cuyo juzgamiento corresponda a esa alta Corporación en única instancia, sean susceptibles, exclusivamente, del recurso de reposición, como igualmente, lo señalaron en sus intervenciones tanto el Fiscal General de la Nación, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Viceprocurador General de la Nación.

Se insiste en que, la imposibilidad de que exista impugnación respecto de la resolución inhibitoria dictada por esos funcionarios en procesos de única instancia, en el entendido de que se trata de una decisión interlocutoria, radica en el hecho de que no cuentan con un superior jerárquico que las revise, pues “la función que cumplen los fiscales delegados ante la Corte son las propias que le asigna la Constitución Política al Fiscal General (art. 251), sólo que las desarrollan en su nombre y por delegación”[43].

Así pues, ninguna duda cabe del eventual carácter de derecho fundamental que revela la segunda instancia. Pero, en tratándose de procesos de única instancia, no cabe predicar tal tipo de derecho y, acorde con la jurisprudencia inmediatamente referida, nada hay de irregular cuando en las actuaciones de la Fiscalía, en los citados procesos de única instancia, cuenta el afectado únicamente con el recurso de reposición.

Podría adelantarse también como conclusión parcial que las diversas posiciones que se le asignan en el ordenamiento jurídico a la doble instancia, derivan de una distinta perspectiva, bien, tanto del constituyente, como del legislador, como del juez. En este sentido, resulta ilustrativa la explicación del tratadista Julio Maier, quien al aludir a los problemas que implica la inclusión o exclusión de la doble instancia en los textos constitucionales, ha precisado que se advierten dos puntos de vista, uno, desde la

perspectiva del justiciable, según el cual, se trata de la concesión de un recurso procesal que ampara la persona y, así ha sido entendido por los instrumentos internacionales[44]. Encuentra la Sala de Revisión que en esta medida, la segunda instancia fungiría bien como derecho, en cabeza del condenado o, más genéricamente del inconforme con una decisión, o bien como una garantía del derecho de defensa y del derecho al debido proceso.

Desde la óptica de la administración de justicia, la segunda instancia es una posibilidad de lograr (...) una buena administración de justicia, ya que no mira, fundamentalmente, al interés de los justiciables, sino que se refiere a la organización del Estado, de su labor judicial, para obtener decisiones más favorables (...) [45]. Encuentra la Sala de Revisión que esta decisión político constitucional, como la denomina el doctrinante referido, concibe la segunda instancia, como una garantía en pro de la administración de justicia.

En suma, la diversa apreciación de la cual ha sido objeto la segunda instancia en el ordenamiento constitucional colombiano, encuentra asidero en la misma Carta. Así, la inclusión de la doble instancia en el artículo 31 para las sentencias judiciales y, la incorporación de ese precepto en el capítulo constitucional de los derechos fundamentales, permiten estimar que se está frente a lo que eventualmente puede ser un derecho fundamental y, a la vez, obra como garantía del derecho al debido proceso.

Por su parte, la estimación como garantía de un correcto funcionamiento de la administración de justicia se soporta en elecciones de tipo legislativo, es así como por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, al fijar las competencias de la Sala de Casación Penal establece:

Artículo 32. De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

3. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores.

Para la Sala Cuarta de Revisión, son, en el caso concreto, la finalidad para la que haya sido establecida y, la función que desempeñe, las que permiten definir el estatus jurídico de la segunda instancia. Resulta suficientemente claro que la doble instancia puede operar como principio, garantía o derecho. No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues,

cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder. Tampoco puede desconocerse que la doble instancia puede salvaguardar bienes más caros al ordenamiento como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o la credibilidad y confianza de la administración de justicia, con lo cual, se pone de manifiesto su papel de garantía. Finalmente, su calidad de principio que orienta la lectura las disposiciones procesales y, en particular las disposiciones de orden sancionatorio, ha sido consolidada por la doctrina y la jurisprudencia.

Cabría concluir en este punto que las diversas posiciones de la doble instancia devienen complementarias. En favor de esta valoración, resultan paradigmáticas las palabras del profesor Rubio Llorente cuando se refería a un asunto similar, en relación con otro derecho en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (...) La coexistencia de un derecho individual de la libertad y una garantía institucional se produce porque el uso de ese derecho, además de satisfacer un interés individual, sirve de instrumento para la satisfacción de una necesidad colectiva (...) [46].

Establecida la posibilidad de comprender la doble instancia como derecho, procede la Sala a recordar algunas de las limitaciones que bien el constituyente o, el legislador, han establecido respecto de tal prerrogativa. La premisa sobre la cual se edifica la presencia de restricciones a la posibilidad de acceder a la segunda instancia, es que al igual que otros derechos, aquel no es absoluto. No son pocos los pronunciamientos de esta Corporación, en los cuales, se ha advertido esta situación; así por ejemplo, el aparte transcrito de la sentencia C-411 de 1997 lo señala expresamente. De igual modo la sentencia C-040 de 2002 sentó:

(...) la posibilidad de apelar una sentencia adversa no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31, establece que el Legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable

(...)

a pesar de la importancia que puede tener la posibilidad de apelar una sentencia contraria,

es claro que, tal y como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones, no es obligatorio que todos los procesos judiciales sean de doble instancia

(...)

El análisis precedente es suficiente para concluir que el principio de la doble instancia (CP art. 31) no reviste un carácter absoluto, pues no hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador de acuerdo con la naturaleza del proceso y la providencia, y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte[47]. En ese orden de ideas, la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, salvo cuando se trata de sentencias penales condenatorias o de fallos de tutela, los cuales siempre podrán ser impugnados, según los artículos 29 y 86 de la Carta.[48](...)

Se advierte entonces que desde la misma manifestación del constituyente la doble instancia puede ser excepcionada por el legislador. Con todo, esta potestad de configuración del principio mayoritario tiene límites, cuyo fundamento, ha hallado esta Corporación en el mismo Texto Superior. Así, el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución, al referirse a quien haya sido declarado judicialmente culpable, dispone que éste tiene derecho “a impugnar la sentencia condenatoria”. Por su parte, el inciso 2 del artículo 86 de la Carta, al regular el procedimiento de la acción de tutela, establece que el fallo en mecanismo de amparo “podrá impugnarse ante el juez competente”.

Recientemente esta Corporación en una decisión avalada por la mayoría, declaró inexecutable unas disposiciones que omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, en particular cuando estas hubiesen sido proferidas por primera vez en segunda instancia y, exhortó al Congreso de la República, para que regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias y, de no hacerlo, a partir del vencimiento del término de un año contado desde la notificación de la sentencia, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena[49]. En esta decisión, se estableció la concesión de la impugnación para decisiones en única instancia, sin que ello implicará el diseño de una segunda instancia.

Igualmente, cuando se está frente a sujetos aforados y, cuyas investigaciones están

radicadas en cabeza de las más Altas Corporaciones de Justicia, o del más elevado funcionario dentro de la jerarquía respectiva, la Corte Constitucional ha entendido que no resulta posible contemplar el acceso a una segunda instancia, dado que resulta materialmente imposible, pues, en esos casos, es la más Alta Jerarquía la que adelanta la actuación[50] y, por encima de ella, no hay ningún otro órgano en la respectiva estructura del poder público. Importa si destacar que la Corte, al considerar las excepciones a la segunda instancia ha insistido en que ellas no pueden ser discriminatorias, esto es, que debe estar justificada constitucionalmente la consagración del respectivo régimen procesal exceptivo.

Con todo, la Sala ha estimado que las restricciones que comporta el fuero, entre las cuales, está la imposibilidad de acceder a una segunda instancia; encuentra su compensación en situaciones favorables al correspondiente investigado. Respecto de tales aspectos positivos, inicialmente sentó la jurisprudencia:

(...) el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia. (...) [51]

Posteriormente, la Corte ha precisado esos aspectos positivos que redundan en beneficio del aforado y, de contera implican el respeto al debido proceso, en los siguientes términos:

(...) el juzgamiento por el órgano de cierre de la jurisdicción penal es en sí misma una forma de garantizar de manera integral el debido proceso en los procesos que versen sobre conductas cometidas por altos funcionarios aforados

(...)

la garantía del debido proceso, visto de manera integral, reside en el fuero mismo – acompañado de la configuración del procedimiento penal establecido por el legislador – puesto que en virtud del fuero su juzgamiento ha sido atribuido por la Constitución, o por el legislador autorizado por ella, al órgano de cierre de la justicia penal de conformidad con las normas que desarrollan los derechos, el cual es un órgano plural integrado por abogados

que reúnen los requisitos establecidos en la Constitución para acceder a la más alta investidura dentro de la jurisdicción ordinaria.(...)

En sede de unificación, la Corte Constitucional ha destacado como bondad adicional de la condición de aforado, la autonomía e independencia que en mayor grado, se pueden predicar de los altos juzgadores de quien no cuenta con acceso a la segunda instancia. Ha explicado la Sala Plena:

(...) esa forma de proteger el fuero constitucional del cual gozan los altos dignatarios del Estado, incluidos los congresistas, no sólo tiene respaldo en la jurisprudencia nacional, sino en los ordenamientos y la doctrina foráneos. Se trata de uno de los elementos característicos de los Estados democráticos, que busca garantizar la dignidad del cargo y de las instituciones, al igual que la independencia y la autonomía para que los funcionarios puedan ejercer las labores que les han sido encomendadas, sin ser afectados por interferencias indebidas provenientes de intereses extra jurídicos, que pudieran engendrarse o canalizarse por conducto de servidores judiciales de menor nivel.

El fuero reconocido entre otros a los congresistas es un precepto constitucional de ineludible acatamiento, pues además de constituir un privilegio protector de la investidura, asegura al máximo la independencia durante la investigación y el juzgamiento.

(...) un punto tan delicado como la responsabilidad penal de quienes cumplen funciones que resultan relevantes al interés público, se sustrae de la actividad legislativa, para otorgar la competencia juzgadora al órgano situado en la cúspide del poder judicial y, por eso mismo, el más capacitado para repeler unas eventuales presiones o injerencias y comporta una serie de beneficios, como una mayor celeridad en la obtención de una resolución firme, rapidez recomendable en todo tipo de procesos, pero particularmente en los que, como presumiblemente los aquí contemplados, provocan un gran sobresalto en la sociedad[52]. (Sentencia SU- 811 de 2009) (Negrillas fuera de texto)

En suma, se puede colegir que si bien es cierto la condición de aforado supone una restricción del derecho a acceder a una segunda instancia, el sujeto cuenta en su favor con una serie de situaciones que compensan dicha carencia. En primer lugar, son juzgados por

la más Alta Corporación o Funcionario de la respectiva entidad. En segundo lugar, dada la ausencia de la segunda instancia, este tipo de actuaciones se desarrollan con mayor celeridad y, por ende, el acusado tiene más posibilidades de permanecer menos tiempo en la inevitable incertidumbre que supone un proceso. En tercer lugar, al surtir la averiguación por el órgano ubicado en el vértice de la estructura jerárquica respectiva, se reduce el riesgo de presiones e interferencias indebidas de que puede ser objeto un juzgador de menor jerarquía, pues, el respectivo órgano supremo está en mejores condiciones de protegerse frente a tales amenazas.

Igualmente, se puede adelantar como conclusión parcial y, particularmente significativa en esta providencia que, si bien es cierto, la segunda instancia es eventualmente un derecho fundamental, hay circunstancias derivadas de la posición jurídica del sujeto que no le reconocen dicho estatus. Tal es el caso de los aforados, para quienes aún en el caso de las sentencias condenatorias, no tiene lugar la segunda instancia, a lo sumo, el ejercicio de la impugnación acorde con lo resuelto en la citada sentencia C- 792 de 2014.

De otra parte, el acceso a la segunda instancia, no implica per se todos los beneficios que para el investigado, en principio, se puedan predicar de aquella. J. Maier quien ha sido particularmente crítico con el principio de la doble conforme, pone en evidencia que en no pocas ocasiones la segunda instancia no está concebida únicamente en favor del derecho de defensa del justiciable[53], tal acontece cuando ésta se instituye como garantía del correcto funcionamiento de la administración de justicia y, la segunda instancia puede ser activada por otros sujetos como las víctimas o el Ministerio Público, con lo cual, puede precisamente afectar al justiciable. En Colombia, esta situación tiene lugar dada la posibilidad de apelar que tienen las víctimas[54], el Ministerio Público[55] o la Fiscalía[56]. Ciertamente, la posibilidad de recurrir en los casos inmediatamente referidos, implica beneficios, pues, se favorecen los derechos de las víctimas y, se contempla una medida en guarda del interés general, en defensa del ordenamiento jurídico y, encaminada también a una correcta administración de justicia.

Podrían aducirse otras razones que pusiesen en tela de juicio el uso de la doble conforme, así por ejemplo, el citado Maier recrea algunos reparos formulados contra aquella, cabría pensar si es un prejuicio asumir la mayor idoneidad de quienes configuran el Tribunal Superior que surte la segunda instancia, igualmente, cabría observar si el juzgador de

segunda instancia conserva las mismas posibilidades de acierto o desacierto del primer fallador, teniendo en cuenta que se halla a una mayor distancia temporal de los elementos probatorios que estuvieron más próximos al decisor de primera[57].

En este punto pueden formularse, entre otras, las siguientes conclusiones respecto de la segunda instancia:

- a. Su estatus jurídico varía según la perspectiva desde la que se le contemple y, según la finalidad para la que se le establezca. En esa medida, puede cumplir el papel de principio, garantía o derecho.
- b. Las diversas situaciones que se pueden predicar de ella en el ordenamiento jurídico, no son incompatibles. Son en caso concreto, la finalidad para la que haya sido establecida y, la función que desempeñe, las que permiten definir su estatus y determinan el tratamiento a brindarle por parte del operador jurídico.
- c. En su condición de derecho no tiene carácter absoluto, salvo en el caso de la sentencia condenatoria penal y de la sentencia de tutela.
- d. En los procesos de única instancia adelantados contra sujetos aforados, ha tenido lugar la excepción a la doble instancia permitida por el constituyente en el artículo 31 de la Carta.
- e. Cuando funge como derecho, puede tener eventualmente la connotación de fundamental.
- f. Dado que por su condición algunas personas están sometidas a procesos que en virtud del ordenamiento jurídico, se surten en única instancia, lo cual ha sido reiteradamente refrendado por la jurisprudencia de esta Corte, se puede concluir que para tales sujetos no se ha establecido el derecho a una segunda instancia.
- g. Ante la inexistencia del derecho a una segunda instancia para quienes por su calidad de aforados, están sujetos a procesos de única instancia, por sustracción de materia, no se puede predicar la condición de fundamental de aquello que no existe.
- h. Si bien es cierto los aforados no cuentan con el derecho en consideración, otras

garantías propias del fuero cuentan en su favor. Entre ellas se pueden destacar la celeridad de la averiguación, el juzgamiento por el órgano ubicado en la cúspide de la respectiva estructura y la reducción de la posibilidad de interferencias y presiones indebidas en el proceso.

i. En ese contexto, el Pleno de la Corte ha considerado que nada hay de irregular cuando en las actuaciones de la Fiscalía, en los referidos procesos de única instancia, cuenta el afectado únicamente con el recurso de reposición.

Agotado el objeto de este apartado y atendiendo el plan propuesto, procede la Sala Cuarta de Revisión a considerar la situación de la segunda instancia en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

7.- El acceso a la segunda instancia en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

Interesa en este acápite establecer, cuál es el lugar que tiene en la jerarquía normativa, la consagración de la segunda instancia contenida en el artículo 27 de la Ley 270 de 1996. Igualmente, se considerará si la consagración de la referida doble instancia en el precepto a examinar, comporta alguna variación en la regulación de los procesos de única instancia de los aforados por la Constitución en materia penal. El asunto reviste particular interés dado que el apoderado del accionante, entiende que el posible desconocimiento del derecho a acceder al referido derecho en los términos del artículo 27, implica una violación directa de la Constitución. El examen del asunto para la resolución del caso concreto, supone recordar algunas peculiaridades propias de las leyes estatutarias, pues, quien depreca la protección, invoca en su favor la inclusión del precepto mencionado en una ley estatutaria, de lo cual, colige su adscripción al bloque de constitucionalidad y consecuentemente su estirpe constitucional.

Por mandato del constituyente, las leyes estatutarias presentan particularidades de orden procedimental que las han ubicado en la jerarquía normativa en un lugar distinto del que tiene la ley ordinaria. Tales especificidades, de manera general, hacen relación a una tipo de mayoría calificado, al control previo de constitucionalidad obligatorio y, a la exigencia de trámite dentro de una sola legislatura. Por lo que hace relación a su contenido, el constituyente dispuso que esta clase de leyes, deben versar sobre un determinado tipo de

materias, las cuales, aparecen enlistadas en el artículo 152 Superior. Entre este grupo de asuntos, el literal b) consagró expresamente la “Administración de Justicia”.

La jurisprudencia de esta Corte al desarrollar el concepto de bloque de constitucionalidad, ha trazado la distinción entre bloque de constitucionalidad en sentido estricto y bloque de constitucionalidad en sentido lato o amplio. Su definición ha girado en torno del peso que tienen en la jerarquía normativa, de los conjuntos de normas que los integran. En relación con el bloque en sentido estricto, se dijo de manera general en la sentencia C-582 de 1999 que:

(Está) conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (...)

En cuanto al bloque en sentido lato o amplio, la misma decisión señaló:

(...) la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional (...)

Caracterizando el bloque de constitucionalidad en sentido amplio o lato, la sentencia C-191 de 1998 precisó en relación con las normas que lo configuran, lo siguiente:

(...) (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.(...)

La referencia jurisprudencial permite afirmar que en cuanto a su función, las normas que integran esta clase de bloque de constitucionalidad, operan como criterio y referencia que permite determinar la validez extrínseca o intrínseca de las normas sometidas a un juicio de constitucionalidad. Pero, a su vez, se precisa, en lo concerniente a su ubicación en la jerarquía normativa, que están por debajo de la Constitución, valga decir, son

infraconstitucionales. Con todo, se encuentran por encima de la ley ordinaria.

También cabe sostener que la integración de una norma al bloque de constitucionalidad debe hallar asidero en una disposición de orden constitucional, con lo cual, se proscribe cualquier incorporación normativa que carezca de soporte constitucional. Respecto de esta última connotación, resulta pertinente precisar la indiscutida inclusión en el bloque en sentido amplio, de la ley estatutaria de los estados de excepción, dada la manifestación que el artículo 214 numeral 2 de la Carta, hace en el sentido de que una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y, establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos. Es justamente, ese mandato constitucional de sujeción de la potestad normativa del Gobierno el que eleva a esa específica ley estatutaria de los estados de excepción al nivel de un parámetro de constitucionalidad. Si esa ley estatutaria, no ocupase ese lugar en el ordenamiento, no podría, sin más, subordinar la potestad normativa del Gobierno y, con ello, no se podría atender el imperativo constitucional.

Las consideraciones precedentes resultan relevantes en el asunto en estudio, dado que a partir de ellas, se puede determinar en lo que aquí interesa, cuál es, el lugar del contenido del artículo 27 de la ley estatutaria de la administración de justicia.

Sin duda, la citada ley estatutaria de la administración de justicia, ostenta un lugar prevalente en la jerarquía normativa de rango legal. Sin embargo, se deben precisar dos aspectos, de un lado, su lugar frente a la Constitución y, de otro, su pertenencia al bloque de constitucionalidad. Estas puntualizaciones permitirán clarificar uno de los asuntos inicialmente planteados en este apartado, cual es, el de la jerarquía de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el ordenamiento colombiano.

Por lo que atañe a su lugar respecto de la Constitución, resulta incontestablemente claro que la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se encuentra por debajo de la Constitución. Finalmente, se trata de una Ley y no de una manifestación del constituyente, con lo cual, no se puede afirmar sin más que desconocer un mandato de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, es quebrantar directamente la Constitución.

En cuanto a la pertenencia de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia al bloque de constitucionalidad en sentido lato, resulta oportuno precisar que tal adscripción es

circunstancial. Así por ejemplo, en la sentencia C-400 de 2013, esta Corporación al estudiar la constitucionalidad de un precepto de la ley 1437 de 2011 que rige el medio de control de la nulidad por inconstitucionalidad, estimó que tal regulación no podía ser limitada por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Expuso la Sala en el asunto citado:

(...) Como primera medida, la Constitución no dispone que la acción de nulidad por inconstitucionalidad deba ser regulada por ese tipo especial de ley, aun cuando consagra la característica quizás más relevante y, en segundo lugar, hallándose atada la ley estatutaria a los principios y reglas de la carta política, los preceptos 43 y 49 aludidos no pueden erigirse entonces como una limitante de dicha acción, lo cual, necesariamente, defiere al legislador ordinario el desarrollo de esta materia, desvirtuando, por lo tanto, que la Ley 270 de 1996 sirva de parámetro para el control de constitucionalidad de las disposiciones acusadas.(...) (Negrillas fuera de texto).

Una sentencia de particular interés en este caso, dado que en ella funda en mucho su pretensión el apoderado del señor Moreno Villegas, es la sentencia C- 740 de 2003. Respecto de esta providencia se manifestó en el escrito de tutela y, aludiendo específicamente al artículo 27 (...) el suscrito afirma categóricamente que la disposición señalada hace parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, integra la Carta como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y, con mayor razón, de las providencias judiciales, por la potísima razón que así lo reconoció expresamente la H. Corte Constitucional en sentencia C- 740 de 2003 (Negrillas del apoderado). Ciertamente, en la referida providencia se tuvo en cuenta el citado artículo 27 al estudiar la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 793 de 2002, en uno de cuyos apartes se preceptuaba “Ninguna decisión adoptada por el fiscal es susceptible de recursos”, respecto de ese punto, se dijo en el fallo:

(...) Si en ese marco se analiza el enunciado del artículo 14 de la Ley 793 de 2002, (...) se advierte que su contrariedad con la Carta y con la Ley 270 de 1996 es evidente pues, de acuerdo con ella, en el proceso de extinción de dominio la única decisión susceptible de recurso de apelación sería la sentencia (...) (Negrillas fuera de texto)

En este caso, cabe precisar que el contraste de la decisión acusada, no solo se hace con el precepto estatutario, sino con toda la Carta, con lo cual, mal podría decirse que la

disposición de la ley estatutaria sea el único referente y se torne, sin más, en Constitución. Por otra parte, revisados atentamente los considerandos de la providencia en cita, no hay ninguna declaración expresa del Pleno de la Corte reconociendo el carácter de componente del bloque de constitucionalidad ni a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ni a la preceptiva contenida en el artículo 27 de dicha ley. Es más, en los considerandos 79, 80 y 81 del fallo en referencia, en los cuales se valora la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 793 de 2002, no aparece la expresión “bloque de constitucionalidad”. En este punto, cabe afirmar que los dichos del apoderado, no se corresponden con la verdad.

Retomando el hilo del asunto central de este apartado, acabe insistir en que solo circunstancialmente las leyes estatutarias integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato. Incluso, la providencia inmediatamente citada y, de capital interés para el caso concreto; no se constituiría en ejemplo de un contenido estatutario como bloque de constitucionalidad, pues bien podría tratarse de un refuerzo argumentativo, con miras a declarar la inexequibilidad de un enunciado legal.

Así pues, se concluye parcialmente que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no pertenece per se al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y que, ocupa un lugar prevalente entre las leyes, sin que ello la ubique en el mismo nivel de la Constitución.

Seguidamente, resulta oportuno valorar el segundo asunto planteado en el párrafo introductorio de este apartado, cual es, si la estipulación de la doble instancia en el mandato a examinar, comporta alguna variación en la regulación de los procesos de única instancia de los aforados por la Constitución en materia penal. Para la Sala de Revisión el asunto se resuelve atendiendo el imperativo contenido en el artículo 4 de la Carta. Claro resulta que la condición foral de Altos Dignatarios del Estado en materia penal fue fijada por el constituyente. Los ordinales 2, 3 y 4 del artículo 234 de la Constitución Política, atribuyeron al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, el juzgamiento de tales funcionarios y dada su ubicación en la estructura de la Justicia Ordinaria, es de suyo evidente que al adelantar los juicios contras los aforados, solo puede hacerlo en única instancia. Así pues, no puede un mandato estatutario modificar lo dispuesto por el Constituyente. Una comprensión diversa conduce a inaplicar el artículo 4 de la carta y, por ende, desvirtuar el carácter de la Constitución como norma de normas.

No resulta aceptable el entendimiento, según el cual, lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, respecto de la garantía de la doble instancia, en las actuaciones jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación, significa que, aún en las actuaciones única instancia “contra las providencias interlocutorias que profiera el Fiscal Delegado que dirija la investigación (...)” proceda el recurso de apelación habilitando una segunda instancia. Una estimación de esta naturaleza implicaría concebir esa garantía como absoluta, entendimiento que no cabe predicar del mencionado artículo 27, pues, cuando fue objeto de juzgamiento en el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tras destacarse la importancia y bondades de la segunda instancia, se advirtió:

(...) Los asuntos que se ventilan ante la Fiscalía General de la Nación no son, ni pueden ser, ajenos al principio en mención, aunque, claro está, no se trata de un precepto que deba aplicarse en términos absolutos a todas las materias de índole penal, pues la misma Constitución delega en el legislador la facultad de establecer cuáles materias serán decididas en única instancia (...) (Sentencia C-037 de 1996) (Negritas fuera de texto)

Para la Sala Cuarta de Revisión, lo dispuesto en el artículo 31 Superior que da lugar a excepciones de la doble instancia y, lo contemplado en el enunciado legal de la ley estatutaria de la administración de Justicia, deber ser interpretado de tal modo que los enunciados armonicen. No se trata de vaciar de significado el texto legal, pero, su comprensión, con miras a su aplicación no puede ignorar el valor normativo de la Constitución. Resulta pertinente en este sentido, recordar lo dicho por el pleno de la Corte a propósito de las disposiciones que pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Observó la Corporación al respecto:

(...) acorde con la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad -sentido lato- los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución[58], las leyes orgánicas y las leyes estatutarias en algunas ocasiones.[59] Así las cosas, los contenidos normativos referidos son parámetros de validez constitucional para confrontar normas de inferior jerarquía, y en consecuencia ante contradicción evidente entre estas y aquellas, la Corte debe optar por retirarlas del ordenamiento jurídico. Sin

embargo, su interpretación debe realizarse acorde y sistemáticamente con toda la Constitución con el propósito de que se realice una integración normativa constitucional que permita resguardar la integridad de la Carta;[60] en otras palabras, estas normas son “parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control (...)”[61] (Sentencia C-238 de 2010) (subrayas fuera de texto)

Esta apreciación da lugar a entender que el derecho, principio y/o garantía de la segunda instancia, contenido en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; tiene pleno vigor, salvo en aquellas actuaciones que en virtud del ordenamiento jurídico deban surtirse en única instancia. De lo dicho, se concluye que lo reglado en el citado artículo 27, no supone, ni un derecho, ni una garantía, para aquellas personas que en razón del fuero constitucional han de ser objeto de investigación y juzgamiento en única instancia.

Establecido pues el lugar y peso de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y, en particular, el alcance de la doble instancia contemplada en el artículo 27 de la misma Ley, en relación con las investigaciones y juicios que en única instancia se adelanten contra las personas aforadas por la Constitución; procede el Juez de Revisión a estudiar sucintamente la figura de la delegación.

8. La potestad del delegado en el marco del principio de legalidad

En relación con el principio de legalidad, ha afirmado con razón el profesor Elías Díaz que “a todos incumbe ciertamente el estado de Derecho (...) pero (...) a quien en última y más decisoria instancia se dirige el estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de legalidad, en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional (...)” [62]. Se trata entonces de la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, postulado recordado por esta Corporación en la sentencia SU-339 de 2011.

Son diversos los mandatos del Texto superior que apuntan, no sólo a destacar, sino a ordenar el vigor de tan trascendental principio, así por ejemplo, el artículo 4º, que establece el carácter normativo de la Constitución; el artículo 6º, que ata la responsabilidad de los

autoridades al cumplimiento de sus funciones; el artículo 122, que condiciona la existencia de los empleos públicos a la consagración de funciones detalladas en la ley. Mandatos que además, evidencian, desde la preceptiva constitucional, el peso del postulado en consideración.

La sucinta valoración precedente, permite entonces afirmar que la apreciación de las competencias de los funcionarios ha de hacerse desde el principio de legalidad. El abandono del mismo, es el inicio de la senda de la arbitrariedad, la quiebra de la seguridad y el socavamiento de la confianza de los asociados.

Uno de los factores capitales que permite determinar el respeto de los poderes públicos, a lo que disponen la Constitución y la ley, es la distribución de competencias. La asignación de competencias vista desde otra perspectiva, es también expresión del principio de división del trabajo y, se orienta, entre otras finalidades, al mejor logro de los cometidos fijados en el ordenamiento. Sobre la noción de competencia, ha precisado Santamaría Pastor que no se trata de un (...) objeto o cosa, sino de una circunstancia o calidad estrictamente subjetiva (...) o, más exactamente aún, la titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias, servicios o fines públicos determinados: no se tiene, pues competencia; se es competente (...)[63] (resaltado del original).

El reajuste de la distribución competencial, se explica por razones de oportunidad, conveniencia o, mejora en la función[64]. Para la Sala de Revisión, imperativos de orden constitucional pesan en esa tarea de reajuste, tanto es así que la necesidad de realizar efectivamente los derechos, tal como lo dispone el artículo 2 de la Carta o, el acatamiento de mandatos como la eficacia, la economía o, la celeridad en el cumplimiento de las funciones, acorde con lo preceptuado en el artículo 209 Superior[65]; operan como motivos que justifican lo que la doctrina ha denominado las traslaciones competenciales[66].

Entre las diversas técnicas de traslación competencial, esta Sala aludirá a la delegación por ser relevante para la resolución del asunto revisado[67]. La doctrina citada la ha definido como la traslación por un ente u órgano superior a otro de nivel inferior del ejercicio de una competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma"[68]. Esta Corporación ha

definido el concepto de delegación en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia C-382 de 2000, en la que se ha afirmado:

(...) La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley. (...) [69]

Entre las varias formas de delegación, se tiene la denominada delegación interorgánica, la cual, se puede presentar en sentido lineal y descendente entre (...) órganos vinculados entre sí por una relación jerárquica (...) [70]. Es probablemente la más usada y, son ejemplos de ello en el caso colombiano, por virtud de lo dispuesto en inciso 1° del artículo 277 de la Carta, la potestad que ostenta el Procurador General de la Nación o, conforme con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 251 Superior, la facultad conferida al Fiscal General de la Nación.

Esta Corporación se ha referido a los elementos constitutivos de la delegación, enunciándolos del siguiente modo:

1. La transferencia de funciones de un órgano a otro.
2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función.
3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.
4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. [71]

Importante en esta caracterización resulta destacar lo que se transfiere, en este caso, las funciones que cumple el delegante. Como consecuencia de dicha transmisión de atribuciones, se tiene que el delegatario, esto es, quien recibe el traspaso competencial, se encuentra a partir de la delegación con dos clases de competencias perfectamente

distinguibles, de un lado, aquellas de las cuales era titular antes de la delegación y, de otro, las que recibe en virtud de la delegación. En este sentido, encuentra la Sala Cuarta de Revisión que un elemento determinante para trazar la diferencia entre los dos tipos de competencias, es el segmento del ordenamiento jurídico que le atribuye cada uno de los dos tipos de funciones. Así por ejemplo en tratándose de un Procurador Delegado, a quien se le han delegado funciones, sus atribuciones, en esa circunstancia, son las establecidas, según lo pertinente, en el capítulo I del título VI del Decreto 262 de 2000 y aquellas que le delegue el Procurador General de la Nación; en ese caso, la norma citada será la fuente del grupo de competencias para las cuales es competente y, las disposiciones que le confieren atribuciones al Procurador General, serán el fundamento de las competencias delegadas. Igual situación se podría predicar de funcionarios como el Fiscal General de la Nación. La anotada duplicidad de funciones del delegado y, a propósito de la Procuraduría General de la Nación, fue advertida por esta Corporación en la sentencia C- 429 de 2001. En suma, siguiendo lo valorado en la sentencia C- 873 de 2003, se puede afirmar que, no se modifica el esquema de competencias, lo que varía es el funcionario que las ejerce.

Cuando no se deslindan las competencias de las cuales se es titular, de aquellas que se ejercen en virtud de una delegación, se pone en riesgo el caro principio de legalidad, pues cada clase de competencias comporta finalidades específicas, procedimientos propios y, en general actuaciones de diversa condición. Mal podría el delegado, desempeñar las funciones de la cual es titular, prevaliéndose de las funciones que le han sido delegadas, al hacerlo excede el marco de la delegación y, esta actuado por fuera de las competencias de las cuales es titular, incurriendo con ello en una actividad que no tiene soporte en el ordenamiento jurídico, esto es, liquidando el principio de legalidad e iniciando la senda de la arbitrariedad.

Por lo que respecta a los efectos de la delegación, esta Corporación ha considerado que esencialmente se contrae a los siguientes:

(...)Tres son los efectos de la delegación: quien delega puede reasumir en cualquier momento las competencias que delegó; existe un “consentimiento abstracto” entre la autoridad superior y la delegada, en el sentido de que no es necesario renovar la delegación cada vez que uno de ellos cambia, – ya que la distribución de funciones se hace entre cargos y no entre personas – y se presume que subsiste hasta tanto el superior emita un

acto que la revoque; en tercer lugar, se tiene que el delegado es el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función.[72] (Sentencia T- 936 de 2001) (Negrillas fuera de texto)

Entendido entonces que, lo que se delega es aquello que el ordenamiento jurídico le ha atribuido al delegante y que la delegación está circunscrita al asunto, finalidad y, según las condiciones que fije el delegante[73]; cabe concluir que quien delega no puede transferir más de aquello de lo cual es titular por virtud del ordenamiento jurídico. Esta estimación se puede expresar de manera más lacónica, afirmando que no se puede transferir, en materia de competencias, más de aquello para lo que se es competente. Tal comprensión de lo que implica la delegación ha tenido eco en esta Corporación en providencias como la C- 082 de 1996, en la cual, a propósito de las funciones de algunas Corporaciones Administrativas, se concluía que Lo que no pueden hacer las Asambleas y Concejos es delegar funciones que no tienen (...)[74].

Desestimar las valoraciones hechas en este apartado, conduce indefectiblemente a que el ciudadano frente a un funcionario que cuenta con una delegación, no sepa si las actuaciones de este; obedecen a la potestad de la cual es titular o, a la de aquella que le ha sido delegada. Se trata, de la incertidumbre ante la duplicidad de procedimientos, la duplicidad de finalidades y, la oscilante dualidad de poderes en detrimento de la seguridad jurídica, pues, no se tiene certeza de cuál será la condición en la que actúe el servidor público, lo cual como se dijo, diluye el principio de legalidad.

La Corte Constitucional, en sede de tutela, ha aplicado el principio según el cual, no se puede transferir la competencia que no se tiene. En la sentencia T-024 de 1996, el Juez de Revisión en esa oportunidad, hubo de resolver un caso en el cual una persona, entre otros reparos, manifestaba que se le había vulnerado el debido proceso, pues, un funcionario delegado, al proferir una decisión, negó la concesión del recurso de apelación contra la misma, por estimar que el régimen de los recursos, en ese caso concreto, dado que actuaba como delegado era el propio del delegante. Dijo en esa ocasión la Sala:

(...) En virtud de la Delegación, las funciones delegadas, conservan su naturaleza y régimen originario. Es decir que la función se tiene por cumplida por quien ha hecho la delegación

(...)

Los funcionarios que firmaron la Resolución N° 570, ocuparon para el ejercicio de las funciones contenidas en el art- 28 de la Resolución N° 0030, la misma posición del delegante; cumpliendo su función deben observarse los requisitos, o condicionamientos que de acuerdo con el orden jurídico, se dan o se cumplen originariamente.

(...)

Los efectos jurídicos administrativos de la delegación implican que en la medida que el delegatario ocupa la posición del delegante, normalmente los recursos que caben, son los procedentes, como si el acto hubiera sido expedido por el delegante.

(...) si el acto es entendido como si fuere expedido por el delegante (...) se entiende que solo procede el recurso de reposición. Luego, no hubo, violación del debido proceso porque la reposición se surtió. (Negrillas fuera de texto).

Acorde con lo considerado, se puede concluir, entre otras cosas, que:

- a. El régimen de competencias es expresión del principio de legalidad.
- b. El desconocimiento de las competencias comporta la quiebra del principio de legalidad.
- c. La delegación como forma de traslación de competencias está sujeta al principio de legalidad.
- d. El funcionario delegado puede ejercer dos tipos de competencia, de una parte, aquel del cual es titular y, de otra, aquel que le ha sido delegado. En esa medida, sus actos están regulados por dos regímenes establecidos en normas distinguibles.
- e. Ignorar tal diferencia y pretender actuar en calidad de delegado, valiéndose del régimen del cual es titular o, actuar en condición de titular valiéndose del régimen del delegado, quebranta el principio de legalidad y, deja al ciudadano en una situación de incertidumbre a merced del capricho del servidor público.

Hechas las precisiones anteriores, procede ahora desatar el caso concreto.

9.- Caso concreto

Con los presupuestos sentados, corresponde ahora a la Sala revisar si la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando mediante sentencia del 5 de septiembre de 2012, negó el amparo contra la resolución de mayo 14 de 2012, proferida por el Fiscal General de la Nación, se aviene con lo dispuesto en los mandatos Superiores.

Para tal efecto, debe la Sala establecer si la negación del derecho a recurrir en apelación, contenida en la citada resolución del Fiscal General de la Nación, la cual a su vez confirmó la resolución de mayo 2 de 2012 que también había denegado la concesión del mismo recurso; se ajusta a la Constitución o, si tal circunstancia, vulnera el derecho fundamental al debido proceso del sindicado, en particular, el derecho a acceder a la segunda instancia, establecido en el artículo 31 de la Constitución Política, implicando, además, la inaplicación de lo dispuesto en la Ley 600 de 2000 e, incurriendo la decisión atacada, tanto en un defecto procedimental absoluto, como en una violación directa de la Constitución.

Para la Sala, resulta cierto que el acceso a la segunda instancia, cuando se predica como prerrogativa o facultad de una persona, es en términos generales un derecho fundamental. Sin embargo, en el caso de algunos sujetos sometidos a actuaciones judiciales, no tiene tal calidad, pues, dada la regulación de una específica clase de proceso, la segunda instancia no tiene cabida. Tal acontece cuando el juicio respectivo es de única instancia.

En el caso concreto, por mandato del numeral 4 del artículo 235 de la Constitución, los juicios a surtirse contra el señor Bernardo Moreno en su condición de Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, deben adelantarse por la Corte Suprema de Justicia, con lo cual, se trata de actuaciones de única instancia, pues, se está en presencia de una persona en condición de aforado.

Así pues, el señor Bernardo Moreno al tener la calidad de aforado dentro del proceso que dio lugar a la resolución del Fiscal General de la Nación aquí cuestionada, no tiene un derecho a contar con una segunda instancia, de lo cual, se colige que ante la ausencia de tal derecho, no resulta posible predicar la calidad de fundamental de aquello que no se tiene. En suma, si no se tiene derecho, menos aún se tiene derecho fundamental.

Para el Juez de Revisión, carece de consistencia la argumentación expuesta por el apoderado del inconforme, cuando invoca aisladamente en su favor lo contemplado en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pues, dicho precepto tal como quedó referido en el apartado 7 de la parte motiva de esta providencia, debe ser leído de manera armónica con otros mandatos del ordenamiento y, en particular, con lo que dispone la Constitución. Encuentra la Sala que la comprensión del citado artículo 27 legal ha de hacerse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 Constitucional, en ese entendido, no resulta posible sostener que en los procedimientos de única instancia establecidos por el constituyente, quepa sin más un derecho a acceder a la segunda instancia para cuestionar las providencias interlocutorias del Fiscal Delegado, en este caso, la decisión del Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Para la Sala de Revisión, excepcionar el derecho a la segunda instancia consagrado en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, armoniza tal mandato con las excepciones autorizadas por el constituyente a la segunda instancia en el artículo 31 de la Carta.

No resulta de recibo, aducir que la preceptiva estatutaria se hace aplicable sin más, por pertenecer al bloque de constitucionalidad en sentido lato. En primer lugar, tal como se dijo en el citado apartado 7, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, puede pertenecer al bloque de constitucionalidad circunstancialmente. En segundo lugar, no todos los mandatos contenidos en las leyes estatutarias tienen rango estatutario. En tercer lugar, dado su rango infraconstitucional el alcance de un mandato contenido en Ley Estatutaria no da pie para desconocer lo mandado por la Constitución, en este caso, la existencia de una condición de aforado y la procedencia de un juicio de única instancia. Aceptar el razonamiento propuesto por el apoderado del señor Moreno Villegas, es tanto como aceptar que la Ley prevalece sobre la Constitución.

Para la Sala, acorde con lo considerado en el acápite 6 de la parte motiva de esta decisión, la situación foral del señor Moreno lo priva del derecho al acceso a la segunda instancia en el caso que suscita el reparo de su apoderado, pero, en compensación, cuenta en su favor con las bondades del fuero, cuales son, según la jurisprudencia mencionada en su momento, la celeridad en la averiguación, la investigación y juzgamiento por los órganos ubicados en el vértice de las jerarquías de las entidades respectivas y, la reducción de la posibilidad de interferencias y presiones indebidas dada la mayor posibilidad de esas entidades para protegerse de lo que pudieran ser censurables intromisiones.

Para la Sala, no cabe aducir mínimamente el quebrantamiento del artículo 31 de la Carta, si se tiene en cuenta que el recurso reclamado se encamina a cuestionar una decisión en la etapa de investigación y, no a impugnar una sentencia condenatoria, propia esta de la etapa del juicio; caso en el cual las vías de los recursos extraordinarios le permitirían realizar el imperativo constitucional.

Entiende la Sala de Revisión que la competencia ejercida por el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en la actuación surtida contra el señor Moreno Villegas, fue la competencia delegada por el Fiscal General de la Nación y, en esa medida, se aplican las reglas recordadas por esta Sala en el apartado inmediatamente anterior. Esto es, no podía el Fiscal Delegado ejercer una atribución que no le había sido conferida por el Fiscal General, en el caso concreto, permitir el curso de una segunda instancia en un proceso de única instancia.

Lo afirmado se explica porque el Fiscal General no podía transferirle a su Fiscal Delegado más competencias de las que como Fiscal General posee. Teniendo en cuenta que para el Fiscal General de la Nación la investigación de aforados constitucionales se adelanta en única instancia, mal podía pretenderse que el Fiscal Delegado, quien para el caso en estudio, funge como Fiscal General; adelantase la averiguación como si se tratase de un proceso con dos instancias.

Así pues, el régimen jurídico a aplicar por el Delegado en el caso sub examine, es el de la única instancia y, en esa medida no caben los recursos propios de la doble instancia. Admitir, como lo pretende el defensor del señor Moreno, la viabilidad de las dos instancias, es prohiar la quiebra del principio de legalidad, pues, si fuese el Fiscal General quien hubiese tomado la decisión no cabría segunda instancia y, su Fiscal Delegado en este caso tiene la competencia del titular, con lo cual, la concesión de recursos propios de la doble instancia carece de fundamento normativo.

Lo pedido por el apoderado del señor Moreno en realidad, es un cambio de competencias, pues, de concederse el recurso de apelación, solo podría tener lugar sobre la base de las atribuciones de las que es titular y, no delegado, el Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Resulta suficientemente claro que la delegación, no es sinónimo de la remisión por competencia.

Estima la Sala de Revisión que las razones aducidas en esta decisión, son consonantes con el hilo argumentativo propuesto, para un caso similar por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en sentencia de 29 de noviembre de 2012 proferida dentro del radicado No. 39156, al pronunciarse sobre una situación en la cual:

(...) El Fiscal Sexto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia negó el recurso de apelación con base en lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, según el cual los actos del delegatario están sometidos a las normas aplicables a los de la autoridad delegante, de modo que, en asuntos penales de aforados constitucionales, dicha impugnación no es viable por cuanto el delegatario es la máxima autoridad en su estructura, decisión que a la postre fue respaldada por el actual Fiscal General de la Nación al negar el recurso de queja presentado por el doctor DIEGO PALACIO.(...)

En esa oportunidad, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria, hizo las siguientes consideraciones, las cuales, se transcriben in extenso por su especial pertinencia:

(...) el defensor del mencionado acusado sustentó esta nulidad por violación al debido proceso, por haberse negado el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, pese a haberse dictado por un funcionario -Fiscal Delegado ante la Corte- que cuenta con un superior jerárquico, desconociéndose con ello lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 600 de 2000, que prevé la existencia de Fiscales encargados de resolver el recurso de alzada al interior de la Fiscalía General de la Nación.

Dicha tesis parte de un supuesto equivocado, como es dar por sentado que el acto de delegación de las funciones constitucionales que el Fiscal General tiene asignadas en el artículo 251, numeral 1º, no solo cambia la competencia, sino el procedimiento aplicable.

Nada de ello es así. Cuando el Fiscal General delega en un Fiscal Delegado ante la Corte la función de investigar y acusar a un funcionario con fuero constitucional, lo único que ocurre es que aquél debe ejercer, en las mismas condiciones y con igual responsabilidad, las funciones de las que es detentador el Fiscal General, pero no por ello se convierte al interior del proceso su inferior funcional, ni el procedimiento pasa de ser única instancia -que por ese motivo no tiene recurso de apelación- a uno de primera instancia.

Esa situación ni siquiera ocurre con los asuntos de los aforados legales, respecto de los

cuales conocen los Fiscales Delegados ante la Corte, porque su procedimiento también es de única instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118-2 de la Ley 600 de 2000 y 32-9 de la Ley 906 de 2004; luego no es cierto que por el hecho de que conozca un funcionario de inferior jerarquía a la del Fiscal General surja automáticamente el derecho al recurso de apelación.

En este sentido es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional al referir que ese es un tema propio de la libertad de configuración legislativa, y por lo mismo la doble instancia no puede entenderse como un derecho absoluto aplicable a todas las materias de índole penal, “pues la misma constitución delega en el legislador la facultad de establecer cuáles materias serán decididas en única instancia”_, consideración a partir de la cual el máximo Tribunal Constitucional ha concluido que “la posibilidad de apelar una sentencia desfavorable y, por ende, de asegurar la existencia de una segunda instancia, no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa”_, siempre y cuando las excepciones que el legislador introduzca en este sentido se encuentren justificadas por un principio de razón suficiente, vinculado a un fin constitucional válido.

Adicional a lo anterior, el argumento del defensor igualmente se apoya en una conclusión falsa, esto es, que como el delegatario es un inferior jerárquico del Fiscal General, éste podría conocer en segunda instancia de las decisiones adoptadas por aquél, lo cual es un imposible lógico y jurídico, en la medida en que ello equivaldría a hacer la ficción de que el delegante, para esos efectos, haga las veces de superior funcional de quien ha ejercido la competencia que él mismo le delegó, lo cual además supone desconocer que se trata de un procedimiento de única instancia, como ya se dijo.

Por lo dicho, entonces, no prospera esta nulidad (...)

Suscribe pues la Sala de Revisión los motivos aducidos por el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria y rechaza las razones invocadas por el apoderado del señor Moreno Villegas. Tal como se dice en la providencia en cita y, como se advirtió en el apartado 8 de la parte motiva de esta decisión, la delegación no cambia el procedimiento, por ende, tampoco cambia el régimen de los medios de impugnación, en este caso, al no transformar un proceso de única instancia en un proceso de doble instancia.

Atender lo pedido en el amparo, implicaría sacrificar la Supremacía de la Constitución y el

principio de legalidad, en aras de lo que pudiese ser la caprichosa conveniencia so pretexto de preservar derechos fundamentales inexistentes. Entiende la Sala el malestar que puede suscitar un escueto pronunciamiento que deniegue un recurso, pero, lo que pudiera ser la falta de riqueza argumentativa de un proveído no lo descalifica si contiene la motivación suficiente que funde una decisión. Esto es, lo rúbano de una providencia, en tanto este justificado lo resuelto, no da lugar al amparo.

Concluye la Sala, que no tuvo lugar una violación directa de la Constitución y, tampoco se puede predicar un defecto procedimental absoluto, pues, la normatividad que el apoderado pretendía se le aplicara a su defendido en este caso la contenida en la ley 906 de 2004, se orientaba a lograr acceder a una segunda instancia, lo cual, tal como ha quedado expresamente sentado, es manifiestamente inconstitucional.

En esa medida, se impone confirmar la sentencia del 5 de septiembre de 2012, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la cual se denegó el amparo impetrado en la acción de tutela promovida por en favor del señor Bernardo Moreno Villegas contra la Fiscalía General de la Nación.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la sentencia del 5 de septiembre de 2012, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que negó el amparo impetrado en la acción de tutela promovida por Bernardo Moreno Villegas contra la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-388/15

DERECHO A LA IMPUGNACION Y PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-Diferenciación no procede para el presente caso (Aclaración de voto)

RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTA-Diferencia radica en su fuerza vinculante (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-3.657.161

Acción de tutela presentada por Bernardo Moreno Villegas contra la Fiscalía General de la

Nación

Asunto: Derechos fundamentales al debido proceso y la doble instancia.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Cuarta de Decisión de tutelas, en sesión del 26 de junio de 2015.

Estoy de acuerdo con la decisión de la Sala en la medida en que considero que en el caso concreto no procede el amparo solicitado debido a que el proceso que se lleva a cabo en contra del actor es de única instancia por su calidad de aforado constitucional por su cargo de Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por consiguiente, no se evidencia una vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

No obstante, aclaro mi voto porque en el fallo se utiliza como ratio decidendi la diferenciación que se hizo en la sentencia C-792 de 2014, entre el derecho a la impugnación y el de la doble instancia, la cual no resulta aplicable al presente caso. En efecto, la ponencia afirma lo siguiente:

“Si bien la tajante distinción entre el derecho a la impugnación y la doble instancia, intentada en el obiter dicta de la sentencia C-792 de 2014, citado párrafos atrás, podría ser revisada más minuciosamente, en esta ocasión, la Sala de Revisión se contrae a poner de presente que se trata de otra lectura de la doble instancia, la cual, será retomada en algún sentido, posteriormente. Por lo pronto, cabe anotar que tal apreciación entendería algunas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales como fundamento del derecho a la impugnación y no de la garantía de la doble instancia.”

Considero que en este caso no se pueden utilizar los fundamentos jurídicos que fueron empleados en la sentencia C-792 de 2014 toda vez que las dos providencias plantean problemas jurídicos diferentes.

En la sentencia C-792 de 2014, la Corte analizó el derecho a la doble conformidad en fallos condenatorios impuestos por los jueces penales en segunda instancia. En el caso objeto de estudio, correspondía a la Sala analizar el derecho a la doble instancia sobre las decisiones proferidas por los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, esta Corporación ha establecido que una de las diferencias entre el obiter dicta y la ratio decidendi radica en su fuerza vinculante. En este sentido, la Corte ha dicho lo siguiente:

“Así las cosas, esta corporación en su jurisprudencia ha utilizado “los conceptos de decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El Decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación”[75]

En concordancia con la anterior subregla constitucional, al aplicar las consideraciones de la sentencia C-792 de 2014 como ratio decidendi en el presente caso, se entendería que se trata de dos casos análogos y se extenderían los efectos vinculantes fijados por la sentencia de constitucionalidad anteriormente referida, a situaciones jurídicas como las que fueron planteadas en el presente caso, cuya consecuencia sería que se traten por igual las sentencias condenatorias y las decisiones proferidas en el proceso penal por parte de los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones expuestas en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Modificatorio de los artículos 235 y 251 de la Carta política, en el sentido de introducir la facultad que tiene el Fiscal General de la Nación de delegar las funciones de investigación y acusación de aforados constitucionales en el Vicefiscal y en los Fiscales Delegados ante la Corte.

[2] Obra a folios 292 y 293 del cuaderno 1 del expediente.

[3] Sentencia T-233 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

[4] Consultar, entre otras, la Sentencia T-217 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[5] Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

[6] Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[7] Sobre el tema se pueden consultar, entre muchas otras sentencias, las siguientes: SU-014 de 2001; T-705 de 2002; T-949 de 2003; T-774 de 2004; C-590 de 2005; T-565 de 2006; T-661 de 2007; T-249 y T-594 de 2008; T-264, T-425 y T-537 de 2009; T-167, T-105, T-214 y T-285 de 2010 y T-419 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[8] MP Jaime Araujo Rentería.

[9] MP Nilson Pinilla Pinilla.

[10] MP Jaime Córdoba Triviño.

[12] Extracto de la Sentencia T-323 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[13] Ver las Sentencias T-096 de 2014; T-160, T-444, T-620 y T-674 de 2013; T-1246 de 2008; T-115 de 2008 y T-1180 de 2001, entre muchas otras.

[14] Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2007.

[15] Corte Constitucional, Sentencias T-996 de 2003, T-638 y T-781 de 2011, entre muchas otras.

[16] Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

[17] Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2009.

[18] Ibidem.

[19] Sentencia C-590 de 2005.

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

[21] Constitución Política, Artículo 4°.

[22] La Corte dio ese paso a través de la Sentencia C-590 de 2005, que declaró inexecutable una expresión del artículo 185 de la Ley 906 del 2004. Antes de eso, el defecto judicial relativo al desconocimiento de las disposiciones constitucionales fue reconocido como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el marco de la configuración de un defecto sustantivo.

[23] Corte Constitucional. Sentencias SU-1184 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-1625 de 2000 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-1031 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett). También la sentencia T-047 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández). En estos casos, si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta política.

[24] Sobre el tema pueden consultarse además, las sentencias SU-1184 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-1625 de 2000 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez); T-522 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); T-047 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández). En la sentencia T-522 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte señaló que: “es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se

adelantan ante jueces especializados, razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad”.

[25] Cfr. Sentencia T-319 A / 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[26] Dice la Corte en la Sentencia C – 590 de 2002 M.P Jaime Córdoba Triviño, que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que, “... si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

[27] Sentencia T- 704 de 2012.

[28] Sentencias T-765 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-001 de 1999 (MP José Gregorio Hernández). Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P, que establece que los derechos de aplicación inmediata son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, intimidad, al buen nombre, la honra, al libre desarrollo de la personalidad, libertad, de conciencia, de cultos, expresión, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, a la libre circulación, al debido proceso, al habeas corpus y a la segunda instancia en materia penal, a la inviolabilidad del domicilio, a la no incriminación, de reunión, de asociación y los derechos políticos.

[29] Ver entre otras, las sentencia T – 199 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-590 de 2009 (MP Luís Ernesto Vargas Silva) y T-809 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[30] En la Sentencia T – 522 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), se dijo que la solicitud debía ser expresa.

[31] Extracto de la Sentencia T-220 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

[32] Corte Constitucional, sentencias T-555 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-1028 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-111 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-178 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

[33] El aparte subrayado fue declarado exequible por esta Corporación mediante sentencia

C-792 de 2014.

[34] Devis Echandía H., Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso. Tomo I, duodécima edición, Ed. DIKE, Medellín, 1987, p. 55.

[35] Sentencia C - 345 de 1993 (MP Dr. Alejandro Martínez Caballero), cita del texto original.

[36] Sentencia C-900 de 2003 (MP Jaime Araújo Rentería), cita del texto original.

[37] Sentencia C-243 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), cita del texto original.

[38] Esta expresión es empleada por el Profesor Rubio Llorente al explicar el concepto de derechos fundamentales como garantías institucionales, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

[39] En la providencia referida se trazó la distinción entre derecho a la impugnación y derecho a la segunda instancia, como uno de los presupuestos explicativos que permitieran posteriormente sentar las razones de la decisión para dar cuenta de los dos problemas jurídicos en aquel fallo de constitucionalidad, cuales eran: “(i) en primer lugar, si el ordenamiento superior consagra o si de éste se desprende un derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un juicio penal, imponen una condena por primera vez en la segunda instancia; (ii) y en segundo lugar, los estándares a los que se debe someter el legislador al diseñar las herramientas procesales que materializan la facultad anterior, y en particular, la naturaleza y el tipo de examen o análisis que debe efectuar el operador jurídico encargado de la revisión del fallo incriminatorio.

[40] En el original se citaron las sentencias C-019 de 1993 y C-430 de 1996.

[41] En el original se citó la sentencia C-017 de 1996.

[42] La Corte Constitucional, en la sentencia C-472/94 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), declaró inexecutable 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, que modificó el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, que permitía a éstos investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gozaran de fuero constitucional. Sin

embargo, en dicha providencia se advirtió 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” (cita del texto original).

[43] Corte Suprema de Justicia, Auto del 14 de diciembre de 1992, radicación 4083, MP Ricardo Calvete Rangel. (cita del texto original).

[44] Maier J., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª ed, 3ª reimp. Buenos Aires, 2004, p. 794

[45] Ibídem.

[46] Rubio Llorente F., “Los derechos fundamentales. Introducción” en La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Volumen III, 3ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 996.

[47] Ver sentencia C-153 de 1995.

[48] Sobre este tema pueden consultarse las sentencias C-005 de 1993, C-019 de 1993, C-345 de 1993, C-017 de 1996.

[49] Sentencia C- 792 de 2014

[51] Sentencia C- 142 de 1993.

[52] Cfr. Obregón García, Antonio, “La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española”, ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 56 y 57. (cita del texto original)

[53] Maier, J. op cit. Ibídem.

[54] El derecho a recurrir de las víctimas se deriva de la preceptiva contenida en los artículos 11 y 137 del Código de Procedimiento Penal. En particular el literal del primero reza:

ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las

víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

(...)

g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; (...)

Las sentencias C-209 de 2007 y C-047 de 2006 se han pronunciado sobre la exequibilidad de disposiciones que regulan la interposición de recursos en el proceso penal y, se han inclinado expresamente por la procedencia de recursos por parte de las víctimas en ese tipo de actuaciones.

[55] En el caso del Ministerio Público el inciso 2º del artículo 459 de la Ley 906 de 2004 preceptúa:

“ARTÍCULO 459. EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD (...).

En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios”

[56] En lo concerniente a la Fiscalía, el numeral 13 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004 establece:

ARTÍCULO 114. ATRIBUCIONES. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.

[57] Maier op cit p.p. 709- 803.

[58] Solo son parámetros de control aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción.

[59] Cfr. la sentencia C- 774 de 2001.

[60] Respecto de la función integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad se puede observar la Sentencia C- 750 de 2008.

[61] Cfr. la sentencia C- 774 de 2001.

[62] Díaz E., “Estado de Derecho y legitimidad democrática” en Estado, justicia, derechos
Díaz E., y Colomer (Eds.), Alianza editorial, Madrid, 2002, p. 83.

[63] Santamaría Pastor J.A., Principios de Derecho Administrativo General Vol. I, primera edición, ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 446.

[64] Santamaría Pastor J.A., Principios (...) p. 450.

[65] Estas razones fueron tenidas en cuenta en la sentencia C- 561 de 1999 al explicar los motivos de la delegación.

[66] Sobre estas técnicas de traslado de competencias puede consultarse a Santamaría Pastor, op. Cit. pp. 450 y ss. Igualmente, puede revisarse Ortega Álvarez L., “Teoría de la organización administrativa” en Parejo Alfonso y otros, Manual de Derecho Administrativo, 3ª. Ed., Ariel derecho, Barcelona, 1994, pp. 190-192.

[67] Al lado de la delegación, se tienen otras técnicas de traslación como la transferencia de competencias, la sustitución, la avocación.

[68] Santamaría Pastor op. Cit. p. 451.

[69] Ver también sentencia C- 727 de 2000.

[70] Santamaría Pastor op. Cit. p. 453.

[71] Sentencia C- 496 de 1998.

[72] Cfr. Georges Vedel, Pierre Delvolvé, Droit Administratif. Presses Universitaires de France, París, 1982. (Cita del texto original).

[73] Una apreciación en este sentido, se puede advertir en la sentencia C- 566 de 2000.

[74] La misma conclusión ha sido tenida en cuenta en las sentencias C- 382 de 2000 y C- 372 de 2002.

[75] Sentencias SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz Y Alejandro Martínez Caballero y SU-1300 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-446 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.