

Sentencia T-439/97

RESOLUCION DE ACUSACION-No es definitiva/ETAPA DE INSTRUCCIÓN-Proceso penal no se agota/ETAPA DE JUZGAMIENTO-Modificación calificación del tipo penal

La resolución acusatoria, como una de las formas de ponerle fin a la etapa de instrucción en el proceso penal, no es definitiva, ya que en la etapa de juzgamiento, se puedan conjurar las posibles nulidades que aleguen los sujetos procesales, modificar la calificación del tipo penal o decretar pruebas entre otras actuaciones, para que, de esta manera, se garanticen los derechos del procesado. De ahí que los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria. Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusión, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito, condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal.

ETAPAS DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO-No existe una división infranqueable

En la etapa de investigación los fiscales cumplen una verdadera labor judicial, asegurando para ello la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando, si lo consideran pertinente, la medida de aseguramiento respectiva y, además, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado para garantizarles, a las personas encausadas en un proceso penal, la imparcialidad y transparencia que requiere toda investigación judicial. Dicho esto, y aunque se hable de etapas en el sistema mixto acusatorio, no se puede interpretar que exista una división infranqueable donde una y otra actúen independientemente, sin observarse por parte del juez, las decisiones del fiscal, pues, de ser así, se tornaría nugatoria la fase del juzgamiento. La Carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación como en el juzgamiento, florezca la verdad en razón de garantizarle la dignidad y los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de

justicia.

CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Alcance

El control de legalidad tiene como fin evitar que una errónea medida de aseguramiento pueda vulnerar los derechos del sindicado, toda vez que permite al juez competente, enderezar o rectificar si hubiere lugar a ello, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención preventiva, entre otras medidas. El procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

RESOLUCION DE ACUSACION-Calificación puede ser modificada por el superior

DILIGENCIA DE INDAGATORIA-Definición y connotación Jurídica

La doctrina y jurisprudencia han definido la diligencia de indagatoria como el acto que se realiza ante el juez competente en el que se le comunica al indagado las razones por las cuales se le ha citado a declarar personalmente, para que éste, voluntariamente, rinda las explicaciones necesarias de su defensa, suministrado información respecto de los hechos que se investigan y que de manera provisional puedan adecuarse a un determinado tipo penal. La diligencia de indagatoria tiene entonces una doble connotación jurídica: es el primer medio de defensa del imputado en el proceso, a través del cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al juez hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. El interrogatorio adelantado por el instructor en la indagatoria debe versar fundamentalmente sobre los hechos materia de la investigación y no sobre la adecuación típica de los delitos, la cual se irá formando en desarrollo de la etapa instructiva, que tiene lugar a partir de la diligencia de indagatoria y hasta la calificación del mérito del sumario. Por esto, resulta equivocado pensar que es en el auto que resuelve la situación jurídica del indagado donde debe fijarse la calificación jurídica de los delitos que se investigan.

CALIFICACION DEL DELITO EN RESOLUCION DE ACUSACION-Carácter provisional

RESOLUCION DE ACUSACION-Modificación y sustitución de medida de aseguramiento

CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Detención preventiva sin excarcelación

ACCION DE TUTELA CONTRA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Improcedencia

Referencia: Expediente T-132.623

Peticionario: Gabriel Antonio García Romero.

Procedencia: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena .

Temas:

La calificación hecha por el fiscal de primera instancia en la resolución acusatoria puede ser modificada por el superior.

El procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-132.623, adelantado por el ciudadano Gabriel Antonio García Romero, mediante apoderado judicial, contra la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, doctora Hermilda Sierra Jaramillo, y la fiscal 17 seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Publica ante

el Circuito Penal de Cartagena, doctora Aleyda Consuegra Solórzano, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis (6) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante auto del 4 de junio del presente año, la acción de tutela de la referencia.

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

1. Solicitud

La apoderada del accionante, solicita la protección de los derechos al debido proceso, a la libertad y a la igualdad, presuntamente vulnerados por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y la fiscal 17 seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública ante el Circuito Penal de Cartagena.

2. Hechos

En el año de 1993 el entonces alcalde de Cartagena de Indias, Gabriel Antonio García Romero, accionante en la tutela, ejecutó varias obras para la construcción de 133 paraderos y 27 bahías, distribuidos a lo largo y ancho de esa ciudad, con el fin de organizar el tráfico urbano, cuyo costo ascendió a la suma de \$521.502.977.97 (folio 213 libro 4 anexo 2).

Estando en ejecución las obras públicas mencionadas, el entonces, Fiscal General de la Nación, recibió una carta con fecha 22 de julio de 1993, que contenía varios artículos de prensa sobre presuntas irregularidades en la construcción de esas obras. Los recortes fueron remitidos al jefe de la Unidad Especializada de Patrimonio de Cartagena (folio 7, libro 23, anexo 6), quien asignó el conocimiento al fiscal 16 delegado de Cartagena. Este funcionario inició la investigación respectiva para dilucidar la ocurrencia de los hechos y, con fundamento en las pruebas recaudadas, citó a indagatoria al señor Alcalde.

Por solicitud de la apoderada, la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena de Indias mediante Resolución N° 000944 del 31 de enero de 1994 reasignó el proceso, que venía conociendo el fiscal 16, al fiscal 17 para que adelante la investigación hasta su calificación.

En la Resolución del 24 de junio de 1994, proferida por el fiscal 17, se definió la situación jurídica del ex alcalde, decretándose medida de aseguramiento, en modalidad de conminación, por el delito de peculado culposo.

Esta Resolución fue apelada por la apoderada, correspondiéndole su estudio al fiscal 1º delegado del h. Tribunal Superior de Cartagena, quien mediante Resolución del 18 de noviembre de 1994, revocó la medida de aseguramiento, argumentando lo siguiente: “La culpa que observa el inferior, para tipificar peculado, al menos por el momento no se adecua en el encuadramiento de los hechos a la norma. Su aproximación apunta a la figura denominada Celebración Indevida de Contrato y hacia ella el inferior debe interrogar nuevamente al sindicado y a los contratistas...La misión del Fiscal, consiste en, primero investigar y después asegurar con la medida respectiva” (folio 8 y 9, cuaderno 21).

Luego de haberse conocido la revocatoria del superior, el a quo -fiscal 17- se declaró impedido para seguir conociendo el caso y, en consecuencia, la Unidad Especializada contra el Patrimonio Económico de Cartagena reasignó el proceso al fiscal 19 de esa Unidad (folio 18, numero 46, anexo 1).

Así las cosas, el 10 de enero de 1995, el fiscal 19 ordenó, mediante oficio, escucharse en ampliación de indagatoria al accionante, el día 14 de febrero de 1995 a las 2:30 p.m.; pero, la abogada del ex alcalde, mediante escrito radicado en la Secretaría de la Dirección Seccional de Fiscalías, manifestó que su representado no podía asistir por estar residenciado fuera de la ciudad de Cartagena.

El fiscal 19 en Auto del 7 de junio de 1995 ordenó escuchar nuevamente en ampliación de indagatoria al señor García Romero el día 17 de julio a la 2:30 p.m, pero tampoco pudo realizarse la ampliación de indagatoria y, en consecuencia, dicho funcionario procedió a resolver la situación jurídica del sindicado, profiriendo el Auto de fecha 17 de noviembre de 1995. Por medio del cual ordenó una diligencia de compromiso, para presentarse cuando el funcionario competente lo solicite.

El 8 de febrero de 1996 la Alcaldía de Cartagena otorgó poder al doctor Ricardo Morales Cano para que representara los intereses del Distrito, constituyéndose en parte civil dentro del proceso penal que se comenta; pero, por enemistad con el fiscal 19 del Distrito de Cartagena, éste se declaró impedido y ordenó remitir el proceso a la Unidad de Delitos

Contra la Administración Pública. En consecuencia, dicha Unidad admitió el impedimento y se reasignó el proceso a la fiscal 17 (accionada en el presente caso).

Dicha fiscal profirió, el 24 de abril de 1996, resolución acusatoria contra el señor García Romero por el delito de peculado culposo; además, lo conminó a suscribir la correspondiente acta compromisoria y se admitió al doctor Ricardo Morales Cano como representante de la parte civil.

Tanto la abogada del ex alcalde como la parte civil del proceso penal apelaron la mencionada resolución.

En síntesis, la apoderada apeló la decisión por las siguientes razones:

* El delito por el cual se le indagó fue sobre el de peculado culposo y no por celebración indebida de contrato.

* El Ministerio Público se notificó por conducta concluyente, contrariando el artículo 188 de Código de Procedimiento Penal.

La parte civil interpuso el recurso de apelación considerando que el a quo no se pronunció sobre el posible embargo de los bienes conocidos del sindicado y, además, dictó una medida de aseguramiento de conminación que no se compagina con el tipo penal del que se acusó al accionante -peculado culposo-.

La fiscal 5ª delegada ante el h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, también accionada en esta tutela, al conocer las impugnaciones interpuestas por el accionante y parte civil contra la resolución expedida por el fiscal 17, modificó la providencia del 24 de abril de 1996 a través de la Resolución del 14 de febrero de 1997 encuadrando la conducta del accionante, no en peculado culposo, sino en peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Además, sustituyó la medida de aseguramiento de conminación por la de detención preventiva sin excarcelación y decretó el embargo y secuestro preventivo de los bienes del procesado. Así mismo, señaló la fiscal que contra ésta

providencia no se admite recurso alguno, quedando en firme una vez sea suscrita por ella.

Posteriormente, la fiscal 5ª profirió un Auto interlocutorio, el 17 de febrero de 1997, modificando la resolución de acusación, señalada en el párrafo anterior, pues de manera involuntaria se omitió compulsar copias, con destino a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, a efecto de que se investigue la participación de contratistas e interventores en los hechos punibles reseñados en dicha resolución acusatoria.

Así las cosas, señala la apoderada del accionante las siguientes irregularidades durante el desarrollo de la instrucción penal a su representado: Se negó la oportunidad de contraargumentar respecto de lo recurrido por la parte civil frente a la resolución acusatoria expedida por el a quo, el 24 de abril de 1996; no existe un medio de defensa judicial eficaz para protegerle el derecho a la libertad y al debido proceso al accionante. Finalmente, que al dictarse una nueva medida de aseguramiento y modificarse el tipo penal, en la resolución de la fiscal 5ª, existió una vía de hecho pues jamás fue interrogado el accionante sobre la nueva calificación de los tipos penales por los que se le acusan.

3. Pretensiones

El accionante, a través de su abogada, solicita en el escrito de tutela la suspensión de la medida privativa de la libertad decretada por el ad quem -fiscal 5ª-; el restablecimiento de la legalidad de la actuación a partir de la resolución acusatoria y se ordene la radicación del proceso, una vez declarada la nulidad, en un Distrito o Seccional de Fiscalías que permita la imparcialidad en la investigación.

III. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

El Juez 7º Penal Municipal de Cartagena, en el Auto admisorio de la tutela, el 19 de febrero de 1997, y de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, a efecto de proteger temporalmente el derecho de la libertad del accionante, suspendió provisionalmente la orden de captura dictada por la fiscal 5ª Delegada del h. Tribunal Superior de Cartagena de Indias, hasta tanto se profiera el fallo respectivo. También, se rechazó el escrito presentado por la

parte civil -coadyuvante-, doctor Ricardo Morales Cano, por improcedente.

El a quo, mediante Sentencia del 7 de marzo de 1997, señaló que el proceso penal seguido al accionante se inició a través de una notitia criminis, que apuntaba a reparos sobre presunta incompetencia e ineptitud del ex alcalde en el diseño y ejecución de “paraderos”. La abstracción de los hechos y vaguedad de la denuncia hacía imposible que se levantara cualquier labor investigativa para vincular al accionante a la instrucción, pues ésta quedaría en el vacío. Se observó la manera deficiente como se condujo la indagatoria, apartándose de lo que dispone la ley, que exige interrogar sobre los hechos estructurales de la imputación. Al no observarse lo anterior, se dificultó por parte del fiscal respectivo, definir la conducta punible asumida por García Romero al ejecutar unas obras públicas que, de buena fe, pensaba serían de utilidad para el Distrito de Cartagena.

También afirmó el a quo que no se interrogó al procesado en la indagatoria por todos los delitos investigados, y sin embargo, se pronunció en la resolución acusatoria, objeto de impugnación, de dos delitos -peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales-, vulnerándose el derecho de defensa del accionante. Señaló que como no fue posible el restablecimiento de la garantía quebrantada dentro del proceso penal, es la acción de tutela un medio subsidiario, que opera en este caso para sanear la violación a los derechos fundamentales que alega el actor.

Por lo anterior, este Juzgado dejó sin efectos jurídicos la actuación surtida “a partir del proveimiento de fecha 11 de diciembre de 1995, inclusive, que ordenó el cierre de investigación”, emanado por el fiscal 19, con el fin de darle la oportunidad al procesado y a su abogada de ejercer el derecho a la contradicción como garantía constitucional y, además, para que aquél sea oído y vencido dentro de la legalidad procesal (folio 103, libro 1º).

1. Impugnaciones.

2.1 DOCTORA DAYARA DE JESUS GALVIS MENDEZ APODERADA DEL ACCIONANTE.

La abogada del señor García Romero solicitó se confirme en su integridad el fallo del a quo, pero que se adicione por el inmediato superior, en el sentido de requerir a la Fiscalía General

de la Nación el cambio de radicación del proceso penal. Además de lo anterior, manifestó la apoderada que a su representado se le amplió la indagatoria el 22 de marzo de 1994 (folio 206 del libro 23 anexo 6), sin que existiera otra ampliación con respecto de los delitos objeto de la nueva calificación jurídica (folio 2 del libro principal).

2.2 FISCAL 5ª DELEGADA ANTE EL H. TRIBUNAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Expresó la fiscal que al señor García Romero, como representante del Distrito de Cartagena, sí se le escuchó sobre la contratación que fue denunciada como ilegal, pues los cuestionamientos que se realizan en la instrucción versan fundamentalmente sobre hechos y no sobre adecuación típica, o sea delitos en especial.

Cosa diferente hubiese sido si en la oportunidad de rendir sus descargos, al accionante se le hubiese interrogado por hechos constitutivos de delitos bien diferentes, como por ejemplo habersele indagado por hechos que inequívocamente estuviesen relacionados con un presunto hurto, o invasión de tierras, o en sí de naturaleza tan distinta que obviamente resultara un exabrupto lo resuelto por la Fiscalía.

Asimismo, afirmó que el juez de primera instancia en tutela convirtió esta acción en una tercera instancia, cuando descabelladamente retrotrajo la actuación al cierre de la investigación.

2.3. FISCAL SECCIONAL 17 DE LA UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL CIRCUITO PENAL DE CARTAGENA.

Manifiesta la fiscal 17 que dentro de la indagatoria y la ampliación de la misma se explicó en detalle, por parte del accionante, el plan desarrollado para la construcción de los paraderos y bahías, los inconvenientes surgidos, y la paralización abrupta por parte del ex alcalde accionante en esta tutela, de los contratos que dieron al traste con la ejecución de la obra. Finalmente, considera la fiscal que la decisión del a quo en tutela no se ajustó a la realidad existente, entró a formar una tercera instancia sobre el fondo del asunto, siendo que como tal, no le es permitido la valoración probatoria propia del funcionario que decide el proveído, es decir, el juez penal.

2.4 DOCTOR RICARDO A. MORALES CANO COADYUVANTE EN DEFENSA DE LAS DECISIONES

PROFERIDAS POR LAS ACCIONADAS.

En el escrito de impugnación indicó el coadyuvante que mal puede la tutela prosperar cuando se propone el estudio y evaluación de la indagatoria y su ampliación, cuando éstas ya fueron objeto y crítica de los señores fiscales y en sus conceptos jurídicos determinaron que cumplieron su objeto judicial. Cosa distinta hubiese sido que al sindicato no se le hubiese escuchado en indagatoria y, por tanto, sin estar vinculado al proceso se le hubiera definido su situación y convocado a juicio.

Finalmente, se pregunta el recurrente si será que existe alguna norma que exprese que debe escucharse nuevamente al sindicato, para que repita materialmente lo que su defensor ha hecho por medio de insistentes memoriales, tanto en objeciones como en alegatos de conclusión, mucho más cuando se han recibido memoriales realizados y suscritos personalmente por el propio sindicato, actor en la presente tutela.

1. Segunda instancia

Manifiesta el ad quem que el memorial de impugnación presentado por el señor Morales Cano, coadyuvante en defensa de la legalidad de las decisiones provenientes de la Fiscalía en primera y segunda instancia, será tenido en cuenta en todo su contenido para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda.

Por otra parte, dentro del término para fallar el presente asunto de tutela el coadyuvante presento otro escrito, en donde invita al ad quem a declararse impedido para seguir conociendo del caso sub judice, porque asegura que existen razones de parentesco con el accionante y por haber sido recomendado por la “familia García” para ocupar un puesto público en el IDEMA (folio 72, libro no 1).

Sin embargo, el funcionario judicial señaló que revisadas las causales de impedimento del artículo 103 del Código Procesal Penal, no encontró causal alguna para declararse impedido, y por tanto la “invitación” que le hace el coadyuvante no es atendida. Así pues, procedió a fallar el caso de tutela el Juez 4º Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el 18 de abril de 1997, basándose en las siguientes consideraciones:

* No se le permitió al accionante descargarse en indagatoria por el supuesto delito de peculado por apropiación y, por ende, se le cercenó el derecho a ejercer su defensa material. En consecuencia, no se le definió situación jurídica por el mencionado delito, lo que impidió a la defensa técnica plantear estrategias para defender al procesado de tal cargo.

Para concluir, quedó demostrado que existió vía de hecho y que el procesado no contaba con otro medio de defensa para conjurar el peligro en que estaba puesta su libertad; por ello, ordenó confirmar el fallo de primera instancia en tutela proferido por el Juzgado 7º Penal Municipal de Cartagena (folio 72, libro 1º).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos de tutela de la referencia.

2. El proceso penal no se agota en la etapa de instrucción.

Conforme a la Constitución, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Por ello, esa entidad, entre otras funciones, deberá “Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”, con el fin de desatar o resolver la situación legal del sindicado (Art. 250, numeral 2 de la Carta Política).

La resolución acusatoria, como una de las formas de ponerle fin a la etapa de instrucción en el proceso penal, no es definitiva, ya que en la etapa de juzgamiento, se puedan conjurar las posibles nulidades que aleguen los sujetos procesales, modificar la calificación del tipo penal o decretar pruebas entre otras actuaciones, para que, de esta manera, se garanticen los derechos del procesado (Artículos 438 y 441 del Código de Procedimiento Penal).

De ahí que los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria. Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusion, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito, condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal (Artículo 445 del C.P.P.)

Por ello, esta Corporación en Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1996, al estudiar la constitucionalidad del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.), que señala los requisitos formales de la resolución de acusación, estableció que la calificación, que adecua el comportamiento típico, antijurídico y culpable de una persona dentro de los diferentes tipos penales, tiene un carácter provisional hasta cuando el juez dicte la respectiva sentencia definitiva. Así lo dejó sentado el fallo que se cita, en los siguientes términos:

“La calificación a cargo de dicho organismo [Fiscalía General de la Nación o sus agentes] debe, entonces, ser provisional -por su misma naturaleza intermedia, sujeta a la posterior decisión del juez- y el sólo hecho de serlo no deja al procesado en indefensión, ya que, no obstante la posibilidad de que se haya preparado para su defensa con base en los datos y criterios iniciales que la hayan inspirado, aquél siempre podrá, supuestas todas las condiciones y garantías del debido proceso, velar por la real verificación de los hechos y hacer efectivos los mecanismos jurídicos tendientes a la búsqueda de la verdad, con miras a la genuina realización de la justicia. Lo que entre en colisión con tales valores no puede entenderse incorporado al debido proceso ni erigirse en parte inseparable del derecho de defensa.

“De otra parte, el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental

sentido de justicia” (M.P: doctor magistrado José Gregorio Hernández Galindo).

Como es sabido, el sistema penal colombiano tiene dos etapas: una la instrucción, a cargo de los fiscales y la segunda la de juzgamiento, a cargo de los jueces. Esto significa que proferida la resolución acusatoria, se sucede, la siguiente etapa, es decir, la de juzgamiento, cuya competencia el Estado la ha radicado en cabeza de los jueces penales.

En la etapa de investigación los fiscales cumplen una verdadera labor judicial, asegurando para ello la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando, si lo consideran pertinente, la medida de aseguramiento respectiva (artículo 250 N° 1 C.P) y, además, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado (Artículo 250 inciso último de la Carta Política y el artículos 249 y 333 del C.P.P.) para garantizarles, a las personas encausadas en un proceso penal, la imparcialidad y transparencia que requiere toda investigación judicial.

Dicho esto, y aunque se hable de etapas en el sistema mixto acusatorio, no se puede interpretar que exista una división infranqueable donde una y otra actúen independientemente, sin observarse por parte del juez, las decisiones del fiscal, pues, de ser así, se tornaría nugatoria la fase del juzgamiento. La Carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación como en el juzgamiento, florezca la verdad en razón de garantizarle la dignidad y los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de justicia.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

“...establecer una separación absoluta entre las dos fases del proceso penal, ignorando que ambas forman parte de una misma realidad jurídica y que los funcionarios que adelantan cada etapa deben colaborar para el cumplimiento de los fines de la administración de justicia, pese a tener funciones separadas.

“.....

“...Sobre el particular cabe resaltar, una vez más, la colaboración e intercomunicación entre fiscales y jueces que como miembros de la rama judicial no se excluyen, pudiendo estos

últimos intervenir en la fase instructiva, sin desconocer, claro está, las competencias señaladas a los primeros. La inclusión de la Fiscalía General de la Nación dentro de los órganos que administran justicia, permite aseverar la existencia de la unidad de jurisdicción, razón de más para sostener que el control de legalidad previsto en el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal, no constituye una injerencia indebida en las actuaciones de la Fiscalía sino que obedece a la complementariedad de las labores que desempeñan distintos funcionarios judiciales, al principio de economía procesal, ya que va a permitir subsanar posibles fallas y desaciertos, garantizando una etapa de juzgamiento depurada de vicios, y, por contera, al propósito inabdicable de proteger celosamente los derechos del procesado.

“Resulta conveniente puntualizar a este propósito, que el control de legalidad de las medidas de aseguramiento no opera de manera oficiosa, sino que requiere petición del interesado, de su defensor o del Ministerio Público; que supone la ejecutoria de la respectiva decisión, y que su promoción no suspende el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación; se prevé el rechazo de plano para solicitudes infundadas y la no admisión de recurso alguno para evitar innecesarias tardanzas. No son de recibo, entonces, los comentarios que hacen énfasis en el entramamiento de la investigación generado por el trámite del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, que tampoco es tercera instancia ni recurso adicional encaminado a una nueva valoración de la prueba; se repite que se trata de un control que apunta a la protección de los derechos fundamentales, y que sólo procede respecto de las providencias que efectivamente contengan medidas de aseguramiento, es decir, que cuando éstas se dejan de imponer, el juez no está llamado a dictar la que considere pertinente so pretexto de ejercer el control de legalidad...” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-395 del 8 de septiembre de 1994. M.P. doctor magistrado Carlos Gaviria Díaz).

3. La tutela no es el medio judicial para recurrir las medidas de aseguramiento decretadas por el fiscal.

Al juez constitucional no le está permitido interferir o inmiscuirse en órbitas que no son de su competencia para enderezar un posible error cometido por el funcionario que está administrando justicia (artículo 228 y 230 de la Carta Política), salvo cuando exista vía de hecho en los términos señalados por la doctrina constitucional.

Esta Corporación indicó sobre la vía de hecho lo siguiente:

Existirá una vía de hecho, si así lo refleja el acervo probatorio del caso particular, cuando salte a la vista una verdadera y protuberante falla judicial, que no sea posible enderezar por otro medio judicial distinto a la acción de tutela. Si existiese otro remedio judicial, idóneo, dejaríamos de estar dentro de los límites de la tutela.

La Sentencia C-395 de 1994, ya citada, estudió la constitucionalidad del artículo 414^a del C.P.P., que se transcribirá a continuación, el cual permite al interesado, al defensor, o al Ministerio Público, y, en fin, a todos los sujetos procesales, elevar petición motivada solicitando la revisión de la legalidad de las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o de sus agentes, buscando con ello, la garantía del derecho al debido proceso que se reclama en todo juicio penal y, en particular, la protección de los derechos del procesado.

El artículo 414^a del C.P.P., señala:

“CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún recurso”.

El control de legalidad citado tiene como fin evitar que una errónea medida de aseguramiento pueda vulnerar los derechos del sindicado, toda vez que permite al juez competente, enderezar o rectificar si hubiere lugar a ello, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención preventiva, entre otras medidas.

Se concluye entonces, que el procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

4. El caso concreto

La apoderada del actor pretende que, a través de la presente tutela, se modifiquen dos decisiones judiciales. La primera, la proferida por la fiscal 17 seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública ante el Circuito Penal de Cartagena, el 24 de abril de 1996, en la que se calificó el mérito del sumario en el proceso penal que se seguía contra el actor por el delito de peculado culposo y lo conminó a suscribir el acta de compromiso. La segunda, aquella que en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra la decisión anterior, dictó la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, modificando la calificación del tipo penal, establecida por el a quo, considerando la conducta como un delito de peculado por apropiación y, también, como un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, decretando a su vez, la medida de detención preventiva sin excarcelación.

Por su parte, los jueces de instancia en tutela coincidieron en señalar que, al accionante no se le indagó sobre los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, agravados por la cuantía, por los cuales se le dictó resolución de acusación proferida por la fiscal 5ª -accionada; y que no hay otro medio de defensa judicial para garantizarle, al señor García Romero, el derecho al debido proceso y a la libertad, como quiera que contra la providencia que resuelve la apelación no procede recurso alguno (Artículo 197 C.P.P)

Sobre la decisión adoptada por la fiscal 17 en primera instancia, el artículo 204 del C.P.P. señala cuales decisiones son apelables, entre ellas, precisamente, la que califica la investigación. En el caso sub-lite, la actora hizo uso del recurso que provee la ley, modificándose dicha decisión por la segunda instancia -fiscal 5ª-; por consiguiente, la Resolución señalada no esta produciendo efectos jurídicos, pues al ser analizada por el superior y modificada, no puede pretender la apoderada del accionante que esta decisión sea nuevamente objeto de revisión. En consecuencia, sobre este punto es improcedente la acción de tutela.

Así las cosas, el presente fallo de tutela se referirá de manera exclusiva a la decisión de la fiscal 5ª, que, a juicio de la apoderada del demandante, incurre supuestamente en una vía de hecho, por haber calificado la conducta del actor con tipos penales distintos a los establecidos en la indagatoria.

En relación con esta última decisión, debe anotarse que la calificación hecha por el fiscal de primera instancia en la resolución acusatoria -peculado culposo- puede ser modificada por el superior. En efecto, teniendo en cuenta que el recurso fue interpuesto por varios sujetos procesales -sindicado y parte civil-, no existe disposición sustancial o procesal que le impida al superior, conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria, modificando la denominación jurídica a la descrita en la decisión de primera instancia.

La doctrina y jurisprudencia han definido la diligencia de indagatoria como el acto que se realiza ante el juez competente en el que se le comunica al indagado las razones por las cuales se le ha citado a declarar personalmente, para que éste, voluntariamente, rinda las explicaciones necesarias de su defensa, suministrado información respecto de los hechos que se investigan y que de manera provisional puedan adecuarse a un determinado tipo penal. La diligencia de indagatoria tiene entonces una doble connotación jurídica: es el primer medio de defensa del imputado en el proceso, a través del cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al juez hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. Así las cosas, resulta lógico que el interrogatorio adelantado por el instructor en la indagatoria debe versar fundamentalmente sobre los hechos materia de la investigación y no sobre la adecuación típica de los delitos, la cual se irá formando en desarrollo de la etapa instructiva, que tiene lugar a partir de la diligencia de indagatoria y hasta la calificación del mérito del sumario. Por esto, resulta equivocado pensar que es en el auto que resuelve la situación jurídica del indagado donde debe fijarse la calificación jurídica de los delitos que se investigan, pues, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia:

“Es una equivocación ostensible exigir que desde la misma indagatoria que se recibe al imputado recién pasados los hechos (como ocurrió en este caso), deba enterársele de la calificación jurídica que hasta el momento recibe la conducta objeto de reproche. No: como bien lo recuerda la Delegada, es la misma ley la que dispone indagar por los hechos estructurantes de la imputación y de los cuales emerge posteriormente (primero al

resolverse la situación jurídica y luego al calificarse el proceso) la acomodación jurídica que a ellos debe dársele. Porque el sindicado, al defenderse de los hechos concretos, en principio, ya se está defendiendo de la hipotética adecuación que en derecho éstos merezcan”1.

Lo anterior fue reiterado, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 25 de Julio de 1996, al señalar:

“Al margen de lo anterior, que es un evidente desconocimiento de la realidad procesal, también se equivoca el apoderado judicial del ex-Congresista al creer que la apreciación probatoria que se haga en el auto mediante el cual se define la situación jurídica del indagado, no puede ser modificada al momento de calificar el mérito del sumario sin que hayan surgido nuevas pruebas, como si con esa decisión se diera por consolidada una determinada situación de manera absoluta. No hay ninguna disposición procesal que impida que al momento de calificar el sumario se de a los hechos una denominación jurídica distinta a la del auto de detención, ni que la valoración probatoria sea diferente, pues por su propia naturaleza la definición de la situación jurídica es provisional, y por lo mismo de ejecutoria formal, susceptible de revocatoria”2.

Incluso, de conformidad con el artículo 442 de C.P.P. la calificación jurídica de los delitos, dispuesta en la resolución acusatoria, tiene también un carácter provisional, pudiendo la misma ser modificada en la etapa de juzgamiento. Así lo reconoció esta Corporación cuando dijo: “La provisionalidad de la calificación -que, por supuesto implica la posterior facultad judicial de modificarla- cobra sentido en esta etapa procesal por cuanto mediante la resolución de acusación se da lugar al juicio, con base en unos motivos estimados suficientes por la Fiscalía a la luz de las reglas procesales aplicables y como resultado de la investigación, pero no se decide, lo cual corresponde al juez, de acuerdo con la estructura del proceso penal en el sistema acusatorio previsto por la Constitución”3.

Así las cosas, la decisión de la fiscal 5ª, al modificar la calificación de peculado culposo por peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, no constituye una vía de hecho sino que, simplemente, es el resultado de la facultad que el artículo 217 del C.P.P. le otorga al ad quem para revisar los aspectos impugnados y dictar la respectiva decisión, confirmándola, modificándola o revocándola, si es del caso.

Consecuencia de la modificación de la resolución de acusación es, también, la sustitución de

la medida de aseguramiento de conminación impuesta por el a quo, por la de detención preventiva sin excarcelación. Dado que en el recurso de apelación el ad quem resolvió modificar la adecuación típica peculado culposo por peculado por apropiación y contrato sin los requisitos legales, agravados por la cuantía (inciso 3 del artículo 133 del Código Penal, modificado por la Ley 190 de 1995 artículo 19), resulta evidente que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 397 numeral 2 del C.P.P., según el cual: “ Cuando el delito que se atribuya al imputado sea o exceda de dos años” y el artículo 197 eiusdem según el cual “Cuando se decreta en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva”, (negrilla fuera del texto) la fiscal 5ª estaba habilitada por el ordenamiento legal para modificar la medida de aseguramiento decretada al accionante.

“Art. 5º- Hábeas Corpus. Quien estuviere ilegalmente privado de su libertad, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas contadas desde el momento de la solicitud y sin tener en cuenta el número de retenidos”.

Se reitera además, que esta Corporación en la Sentencia C-395 de 1994, declaró exequible ese control de legalidad, el cual, como lo dijo la Corte esta encaminado a proteger los derechos fundamentales de todas las personas a las cuales se les ha modificado una medida de aseguramiento, permitiendo que el juez de la causa pueda declarar la ineficacia de la medida, cuando ésta ha sido adoptada con violación a las garantías fundamentales consagradas en la Carta.

Este control de legalidad a las medidas de aseguramiento no deja de ser un instrumento ágil, en cuanto que si el juez encuentra fundada la solicitud, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco días siguientes si resulta procedente modificar la medida adoptada por el funcionario de instrucción.

Asimismo, examinada la providencia impugnada, resulta evidente que la misma proviene de un juicioso análisis de las actuaciones surtidas durante el desarrollo de la etapa sumaria. Por ello, la decisión adoptada se encuentra ajustada a la competencia y autonomía de esa autoridad, además de que, no puede olvidarse, son las reglas de la sana crítica las que le

permiten al funcionario judicial adoptar sus propias decisiones, sometido únicamente al imperio de la ley (Art. 230 de la Constitución). Así, cuando en ejercicio de la función de administrar justicia, el juez interpreta la ley siguiendo su criterio y evaluando los elementos probatorios aportados al proceso, no puede configurarse quebrantamiento alguno del ordenamiento jurídico.

En esta forma, si considera la apoderada del accionante que la decisión adoptada es injusta e ilegal, no es la acción de tutela la llamada a revocarla; es precisamente en el escenario de la etapa del juicio, donde los sujetos procesales pueden hacer valer sus pretensiones y solicitar las nulidades que a su juicio se hayan originado durante la instrucción y que no hubieren sido resueltas, presentando las pruebas que sean conducentes al hecho mencionado y las demás pruebas que propugnen por la defensa del sindicado (artículo 446 del C.P.P.). Se reitera, que el juez de tutela no está habilitado para administrar justicia paralela a la del juez ordinario que por competencia le corresponde conocer del asunto, como sucede en el caso que se revisa, pues esto llevaría a una intromisión de competencias y funciones, en total desconocimiento del principio de la seguridad jurídica de las decisiones judiciales.

De conformidad con lo anotado, para esta Sala de Revisión la providencia de fecha 14 de febrero de 1997 proferida por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, no configura una vía de hecho. Así las cosas, con fundamento en el artículo 7º del Decreto 306 de 1992, serán revocados los fallos proferidos en las dos instancias de la presente tutela y se dejará sin efecto las ordenes impartidas por el Juzgado 7º Penal Municipal de Cartagena de Indias el siete (7) de marzo de 1997, las cuales fueron confirmadas por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, la decisión adoptada por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena quedará vigente y, por lo tanto, debe ser acatada y ejecutada por las autoridades judiciales competentes de manera inmediata.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las Sentencias proferidas por el Juzgado 7º Penal Municipal de Cartagena de Indias, el siete (7) de marzo de 1997, y por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, NEGAR la acción de tutela instaurada por el señor Gabriel Antonio García Romero.

Segundo.- REVOCAR las ordenes impartidas por el Juzgado 7º Penal Municipal de Cartagena de Indias el siete (7) de marzo de 1997, las cuales fueron confirmadas por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, EJECUTAR lo decretado en la resolución acusatoria con fecha del catorce (14) de febrero de 1997 proferida por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena.

Tercero.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comuniquen esta providencia al Juzgado 7º Penal Municipal de Cartagena de Indias, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado ponente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de

1995. Proceso N° 9193. M.P.: doctor magistrado Fernando Arboleda Ripoll.

2 Cfr. Proceso N° 7830. M.P.: doctor magistrado Ricardo Calvete Rangel.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1995. M.P.: doctor magistrado José Gregorio Hernández Galindo.