

Sentencia T-522/01

VIA DE HECHO POR NO APLICACION DE EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-No concesión de beneficio de detención domiciliaria por tener como criterio sólo el del juez competente

Incorre en una vía de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisión con base en una disposición: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional que excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e ínsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión.

VIA DE HECHO-Comisión de Fiscales fundó decisión en norma contraria a la Constitución Política

La decisión de la Comisión de Fiscales implica una violación al derecho a la igualdad.

Referencia: expediente T-412923

Tema:

Vía de hecho por falta de consideración de la excepción de inconstitucionalidad, frente a una norma evidentemente contraria a la Constitución

Acción de tutela instaurada por Marcela Tróchez Solano contra la Comisión de Fiscales Delegados ante los Jueces Especializados de Cali integrada por Manuel Guillermo Gómez y Mery Stella Garzón Ospitia

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., mayo dieciocho (18) de dos mil uno (2001)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela instaurada por Marcela Tróchez Solano contra la Comisión de Fiscales Especializados integrada por Manuel Guillermo Gómez y Mery Stella Garzón Ospitia.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del 9 de febrero de 2001 proferido por la Sala de Selección Número Dos y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

Marcela Tróchez Solano presentó el 18 de octubre de 2000 ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Cali, mediante apoderado, acción de tutela en contra de la Comisión de Fiscales Especializados integrada por Manuel Guillermo Gómez y Mery Stella Garzón Ospitia, por considerar que la decisión de no concederle su solicitud de sustituirle la medida de aseguramiento que le había sido impuesta (detención preventiva), por la de detención domiciliaria, viola el derecho al debido proceso. Los hechos que sirven de fundamento al amparo solicitado fueron los siguientes:

1.1. Marcela Tróchez Solano, sostiene su apoderado Luis Andrade Ríos, fue vinculada dentro del proceso radicado bajo el número 3564980, por presunta comisión del delito de encubrimiento por favorecimiento.

1.2. Una vez en firme dicha decisión, su abogado dentro de aquel proceso penal, Rodrigo Muñoz Muñoz, presentó una “solicitud expresa para obtener para su defendida la medida de detención domiciliaria en sustitución de la detención preventiva; solicitud hecha a virtud de cumplirse con todos y cada uno de los requisitos legales para su concesión”.

Muñoz Muñoz fundó su solicitud en dos razones. Primera, su apoderada reúne las condiciones exigidas por el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal.<sup>1</sup> Y segunda, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 26 de la Ley 504/99,<sup>2</sup> mediante el cual se pretendió que la detención parcial en lugar de trabajo o domicilio no fuera aplicable en los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. El abogado defensor de Marcela Tróchez Solano adjuntó a la solicitud copia de la respectiva sentencia de la Corte Constitucional, la cual se citará posteriormente.

## 2. Demanda y solicitud

2.1. El apoderado de Marcela Tróchez alega que su defendida tiene derecho a que se le conceda la medida de aseguramiento de detención domiciliaria; negársela, sostiene, conlleva violaciones a sus derechos fundamentales. El abogado funda su posición en el fallo de la Corte en que se estudió la constitucionalidad de la Ley 504/99, ley mediante la cual se reformaron algunas disposiciones pertenecientes al Código de Procedimiento Penal.<sup>4</sup>

2.2. Señala el apoderado que la decisión de la Corte Constitucional de declarar executable el artículo 35 de la Ley 504/99, mediante el cual se modificó el inciso segundo del artículo 388 del C. de P. P., norma en la cual se fundó la providencia judicial objeto de la acción de tutela que se estudia, encontró sustento en el hecho de que el artículo en cuestión sólo pretendía sustituir una expresión por otra. Dice el tercer inciso del artículo 35 de la Ley 504/99,

Sustitúyase en los artículos 66, 67, 68 numeral 5º, 78, 118, 134, 206, 217, 339 incisos 1º y 3º, 388 inciso 2º, 399 y 542 inciso 2º del Decreto 2700 de 1991 la expresión “Juez Regional” por “Juez Penal de Circuito Especializado”.

Sostiene pues el apoderado, que por “tratarse del cambio de nombre o denominación, no encontró la H. Corte Constitucional, vicios contra la Carta Política y por ello declaró su constitucionalidad”.

2.3. En la demanda se cita el mismo aparte de la sentencia C-392/00 invocado por el abogado defensor de Marcela Tróchez en la petición de sustitución de la medida de aseguramiento, presentada ante la Comisión de Fiscales Especializados, para concluir que “la medida de la detención preventiva en el domicilio o en el lugar de trabajo del sindicado, es absolutamente procedente entratándose de los delitos que conoce la justicia especializada,

pues la norma que lo impedía desapareció del ordenamiento positivo.”

Por lo tanto, se alega, la “providencia acusada configura lo que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha denominado ‘vía de hecho’, que en este caso consiste en aplicar una disposición inexistente por haber sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional desde el 6 de abril del presente año (2000)”. Además, señala el abogado, “la misma providencia viola el artículo 243 de la C. N., que establece: Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.”

2.4. En consecuencia, se solicita tutelar el derecho al debido proceso y conceder a Marcela Tróchez el beneficio de detención domiciliaria, teniendo en cuenta que cumple con los requisitos legales para su otorgamiento.

2.5. Manifiesta el abogado que de “conformidad con el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, se acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues es evidente el perjuicio que está padeciendo la actora privada de su libertad en el Centro de Reclusión Cárcel de Mujeres de Cali, teniendo el derecho a gozar del beneficio de la detención en su domicilio en la ciudad de Popayán”.

### 3. Sentencia de primera instancia

3.1. En sentencia de octubre 31 de 2000, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Cali negó la tutela por considerar que existen otros medios de defensa judicial, lo cual la hace improcedente, y porque no existe riesgo de que se produzca un perjuicio irremediable, razón por la que tampoco procede como mecanismo transitorio.

“La evaluación del supuesto fáctico permite señalar la improcedencia de la tutela como mecanismo transitorio pues contra la decisión interlocutoria proferida por los Fiscales accionados que negó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria existe, por ministerio de la ley, el recurso de apelación ante el superior jerárquico con el fin de debatir la motivación efectuada por la Fiscalía accionada; además en forma alguna se estructura perjuicio irremediable puesto que tanto la detención preventiva como la domiciliaria son medidas de aseguramiento que implican privación de libertad y si bien en la última modalidad se concede al procesado la posibilidad de mantener en su casa de habitación ello debe ser producto de la decisión del funcionario competente siendo que el

juez constitucional no está llamado a usurpar la competencia que, por ministerio de la ley, pertenece a otras jurisdicciones.”

#### 4. Impugnación

El 7 de noviembre de 2000 la accionante, nuevamente mediante apoderado, impugnó el fallo de primera instancia.

4.1. Reitera el apoderado que la providencia contra la cual se interpuso la acción de tutela sí incurre en una vía de hecho. “La actuación de los Fiscales que se acusa, incurre en lo que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional denomina defecto sustantivo, pues la decisión tomada por estos, ‘se fundamenta en una norma evidentemente inaplicable’; se diría que es absolutamente inaplicable por ser inexistente”.

4.2. En relación con el perjuicio irremediable, señala la impugnación que “la decisión perjudica a la accionante que está privada de un derecho de permanecer detenida en su residencia, junto a sus familiares, rodeada del entorno familiar. No se requiere de profundo análisis para determinar la bondad de esta medida frente a la detención en un centro carcelario.”

4.3. Finalmente, se alega que en ningún momento se pretende usurpar competencias de otros jueces. Lo que se pretende es “corregir una actuación judicial que está por fuera de todos los cauces del debido proceso, que constituye un derecho fundamental dentro de nuestro estado Social de Derecho, que no simplemente Estado de Derecho.”

#### 5. Sentencia de segunda instancia

En sentencia de 12 de diciembre de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar el fallo de tutela de primera instancia. La Sala de la Corte consideró que la inconformidad del impugnante se funda en la interpretación que ha realizado la Comisión de Fiscales Especializados de la vigencia y del significado de los preceptos normativos que regulan la detención domiciliaria, por lo que considera que no hay lugar a vía de hecho.

“En el subjuicio, si bien la solicitud de amparo constitucional fue incoada a manera de mecanismo transitorio, también lo es que la decisión censurada implica realizar juicios de

valor, y el llamado a pronunciarse sobre si se encuentran o no satisfechos los presupuestos que la ley demanda para su concesión, es el juez natural, en este caso el funcionario de la segunda instancia que por apelación ha de revisar la determinación objeto de impugnación, situación que de suyo impide la configuración del perjuicio irremediable argüido, como bien lo determino el A-Quo.

(...) al juez de tutela le está vedado en casos como el que aquí se examina realizar pronunciamientos de la índole del solicitado por el tutelante, cuyas funciones son bien diversas a la de arrogarse competencias atribuidas al juez natural.”

6. Decisión del otro mecanismo de defensa, el recurso de apelación de la providencia objeto de la tutela

Teniendo en cuenta que la posibilidad con la que contaba la accionante de controvertir la decisión acusada por medio de este mecanismo procesal constituyó la principal razón de las Salas, Luis Andrade Ríos, abogado de Marcela Tróchez Solano, remitió a la Corte Constitucional copia de la providencia proferida por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de 10 de enero del presente año, mediante la cual se confirmó la decisión de la Comisión de Fiscales Especializados de negar la sustitución de la medida de detención preventiva por detención domiciliaria que había sido apelada.

La Unidad Nacional de Fiscalía Delegada sustentó su decisión así,

“Esa disposición (inciso segundo del artículo 388 del C. de P. P.) no varió, como erradamente cree la defensa, con la sentencia C-392 del año en curso, en la medida que, por el contrario, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso 3º del artículo 35 de la ley 504 que fue el que modificó el 388 procesal, sin que la detención domiciliaria, como medida de aseguramiento, haya sido objeto de debate en ese fallo, pues vale aclarar que lo declarado contrario a la Carta fue la prohibición de otorgar, en eventos similares al presente, la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio de que trata el artículo 409 procesal, instituto diverso del establecido en el 396.”

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Problema Jurídico

De las razones presentadas por los diferentes involucrados surge el siguiente problema jurídico: ¿incurre en una vía de hecho un funcionario judicial cuando la decisión que toma se funda en la aplicación en una disposición cuyo contenido normativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por desconocer derechos fundamentales?

Para resolver este caso la Corte entrará a establecer, en primer lugar, si en efecto, como lo sostiene el demandante, el contenido normativo de la disposición con base en la cual la Comisión de Fiscales acusada tomó su decisión, fue declarado inexecutable por la Corte o no.

2. No permitir que se conceda el beneficio de detención domiciliaria teniendo como criterio, únicamente, cuál es el juez competente en el caso, constituye una violación al derecho a la igualdad

2.1. Lo primero que debe señalar esta Sala es que coincide plenamente con lo dicho por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en la providencia citada previamente,<sup>5</sup> con relación a la diferencia de las dos figuras procesales a las que se ha hecho alusión a lo largo del presente proceso. Por un lado se ha hablado de la detención domiciliaria, medida de aseguramiento contemplada por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 396,<sup>6</sup> por medio de la cual se impone una caución al sindicado y se ordena que la detención preventiva se verifique en su domicilio. Por otro lado se ha hecho referencia a la detención parcial en lugar de trabajo o domicilio, otra medida de aseguramiento contemplada en el Código de Procedimiento Penal, artículo 409,<sup>7</sup> mediante la cual el sindicado que deba proveer por ley a la subsistencia de alguien, podrá cumplir su condena, parcialmente, en su domicilio o en su lugar de trabajo.

Es claro que se trata de hipótesis distintas. Mientras en la primera el sindicado siempre se encontrará recluido en su domicilio, en la segunda podrá ser o en su domicilio o en su lugar de trabajo, pero sólo durante el tiempo que duren sus labores, pues al finalizarlas debe regresar inmediatamente, y cada día, al establecimiento carcelario. Adicionalmente, es claro que la segunda institución jurídica encuentra sustento en permitir a una persona, luego de observar ciertos requisitos exigidos por la propia norma, que cumpla con sus obligaciones legales de manutención a personas que dependan total o parcialmente de él, factores que no intervienen para nada en la primera figura procesal. Por ello se concede la posibilidad de que continúe desempeñando sus labores. Ciertamente se trata de supuestos fácticos, requisitos y

consecuencias jurídicas diversas, lo cual evidencia que son dos figuras diferentes.

2.2. No obstante la anterior precisión, no comparte esta Sala la tesis según la cual en la sentencia C-392/00 la Corte sólo se pronunció sobre la constitucionalidad de la figura de la detención parcial en lugar de trabajo o domicilio, y por lo tanto, no puede predicarse nada a propósito de la detención domiciliaria. En el fallo referido la Corte tuvo que analizar la constitucionalidad de la Ley 504/99, mediante la cual se modificaban algunas disposiciones de la normatividad procesal en materia penal.<sup>8</sup> Dos de las normas, que se han comentado a lo largo de los antecedentes de este fallo, fueron relevantes para el caso que se analiza.

2.3. La primera, el inciso tercero del artículo 35 de la Ley 504/00; mediante ella se sustituyó la expresión Juez Regional por la expresión Juez Penal de Circuito Especializado a lo largo de varias normas del Código de Procedimiento Penal, entre ellas, el inciso segundo del artículo 388. En tal norma se señala que: “En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva”. Según la interpretación de quienes defienden la actuación de la Comisión de Fiscales Especializados acusada en este proceso, el que se hubiese declarado exequible el artículo 35 de la Ley 504/99, pareciera implicar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 388. De ser así, tendría que aceptarse que la única medida de aseguramiento que se puede imponer a los procesados ante los jueces penales de circuito especializado es la detención preventiva, y en consecuencia sería acertado el argumento según el cual no se puede conceder la detención domiciliaria.

Sin embargo esto no puede ser aceptado si se tiene en cuenta las razones que dio la Corte al estudiar el punto,

“En las circunstancias analizadas, la Corte entiende que se justifica constitucionalmente la creación de unos jueces penales del circuito especializados a quienes se les ha asignado la competencia para el juzgamiento de determinados delitos, con observancia de las garantías propias del debido proceso que, en general, deben reconocerse a todos los procesados, aun cuando ello no excluye, siempre que se justifique constitucionalmente, la regulación diferente de algunas actuaciones procesales.

Nada objeta la Corte a la previsión contenida en el art. 1, en el sentido de que los jueces penales del circuito especializado conozcan de los delitos a ellos asignados dentro del ámbito

territorial que señale el Consejo Superior de la Judicatura, pues ésta es una atribución propia de este organismo según los arts. 257-1 de la Constitución y 85-6 de la ley 270/96.

En virtud de lo anterior, la Corte declarará exequibles los arts. 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 21, 23 y 35, inciso 3 de la ley 504/99, en cuanto aluden a los jueces del circuito especializados y materialmente no se oponen a la Constitución.”<sup>9</sup>

La Sala Plena de la Corte en aquella ocasión se ocupó de la creación de la figura de los jueces penales del circuito especializados en sí misma y de manera general. Una vez la consideró exequible, procedió a aceptar aquellas disposiciones que, como el inciso tercero del artículo 35, se ocupaban simplemente de introducirla a lo largo del Código. Así pues, advierte la Sala que en modo alguno puede predicarse exequibilidad o inexecutableidad del inciso segundo del artículo 388, a partir del examen que realizara en la sentencia citada sobre el inciso tercero del artículo 35 de La ley 504/99.

2.4. La otra norma estudiada en la sentencia C-392/00 pertinente para el caso que se estudia, y también comentada a lo largo de los antecedentes, fue el artículo 26 de la Ley 504/99, mediante el cual se señalaba que el inciso segundo del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, excluiría a los sindicados por delitos de competencia de los jueces de circuito especializados. La Sala no encuentra duda respecto a que la decisión de declarar inexecutable esta norma también cobija a la detención domiciliaria. Para sustentarlo se citará primero lo dicho por la Corte al respecto,

“El artículo 26 de la ley acusada, por su parte, excluye del beneficio de cumplir la detención preventiva en el domicilio o lugar de trabajo, a los sindicados por los delitos que ahora son de competencia de los jueces penales del circuito especializados y antes de los jueces regionales.

A primera vista se observa que esta norma es un rezago del conjunto institucional de carácter extraordinario conocido como justicia regional, que en el momento actual no se justifica en razón de haber desaparecido dicha justicia. Por lo tanto, no encuentra la Corte una justificación racional y razonable que apunte a la consecución de una finalidad constitucional legítima, para que a unos sindicados que se encuentran objetivamente dentro de las circunstancias que describe el inciso 1 del art. 409 del C.P.C. se les conceda el beneficio de que la detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo o en su domi-

cilio, y en cambio, a los sindicatos de los delitos de que conocen los jueces del circuito especializado, no se les otorgue idéntico beneficio.

Podría aducirse en pro de la constitucionalidad de la norma mencionada, que el legislador goza de libertad de configuración respecto de las medidas precautorias en el proceso penal. Sin embargo, ésta no es absoluta porque ella ha de ejercerse dentro de los límites impuestos por la Constitución Política, uno de los cuales es el de la igualdad consagrado por el artículo 13 de la Carta.

La regla general que consagra el Código de Procedimiento Penal es la de la posibilidad legal de que la detención preventiva pueda cumplirse parcialmente en el domicilio o lugar de trabajo, con excepciones plenamente justificadas, como la de no tener en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional, que la sindicación no lo sea por un delito cuya pena máxima exceda de seis años de prisión y que se hubiere eludido la comparecencia al proceso.

En la norma objeto de análisis, salta a la vista que la única explicación para suprimir el beneficio del cumplimiento de la detención preventiva parcialmente en el domicilio o lugar de trabajo, es la clase de delitos cuyo conocimiento se asigna a los “Juzgados Penales del Circuito Especializados”, lo que lleva a suponer, sin justificación, que, aunque no hubieren sido condenados antes por ningún delito, ni hayan intentado siquiera eludir la actuación procesal, se les impone la detención física en una cárcel del Estado a diferencia de otros sindicatos, con abierto rompimiento de la igualdad de trato que surge del artículo 13 de la Constitución.

En razón de lo anterior se declarará (...) inexecutable el art. 26 de la ley 504/99.”<sup>10</sup>

Como se puede leer en el aparte citado, las consideraciones de la inexecutable no se refieren a características especiales y particulares de la figura de la detención parcial en el lugar de trabajo o en el domicilio. El análisis de la Corte es de un nivel superior, responde al siguiente problema jurídico: ¿se viola el derecho a la igualdad a un sindicato cuando se le niega una medida de aseguramiento en razón al juez que conoce el delito? La Corporación respondió afirmativamente. A su juicio, exigir requisitos para poder beneficiarse de la medida de aseguramiento, tales como no tener en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o no haber eludido su comparecencia en la actuación procesal, por ejemplo, es razonable; se

sigue del ejercicio de la libertad del legislador de decidir a quiénes permite que se les conceda tal beneficio. Pero en cambio, el criterio fundado en cuál es el juez que conoce del proceso para establecer si se permite que se concede o no la medida de aseguramiento, viola por completo el derecho a la igualdad. No es razonable que a una persona, sin importar quién es, qué conducta realizó o cuál es su pasado judicial, y fundándose únicamente en el hecho de quién es el juez competente para fallar su caso, se le niegue de manera absoluta la posibilidad de solicitar y acudir a la medida precautoria solicitada.

Por lo tanto, a partir del fragmento citado de la sentencia C-392/00, es claro que excluir del acceso a una medida de aseguramiento a una persona, sólo en consideración a qué juez conoce de su caso, conlleva una violación a la igualdad.

No se trata de exigir el acatamiento inopinado y automático al obiter dicta de una sentencia de la Corte. La Sala Tercera subraya la decisión de la Corte de excluir el siguiente sentido normativo: no se puede negar a un sindicado una medida de aseguramiento, únicamente en razón a que el conocimiento de su proceso fue asignado a los “Juzgados Penales del Circuito Especializado”, determinación adoptada por la Sala Plena en un fallo de constitucionalidad, el cual tiene efecto erga omnes. Ahora bien, dicho sentido normativo está ínsito, tanto en el inciso 2º del artículo 409 del C. de P. P. declarado inexecutable en el fallo C-392/00, como en el inciso 2º del artículo 388 del mismo Código, norma en la que fundamenta su decisión la Comisión de Fiscales. Dicen las normas,

Artículo 409, inciso segundo, C. de P. P. — “De este beneficio quedan excluidos en todo caso los sindicados por los delitos a los que se refiere el artículo 71 de este código.”<sup>11</sup>

Artículo 388, inciso segundo, C. de P. P. — “En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva”

No se trata pues, de una contradicción que surge de una apreciación o de una interpretación. Las normas citadas de forma expresa y evidente, contemplan el mismo sentido normativo contrario a la Constitución, según lo establecido por la Corte Constitucional.

3. Aplicar una norma claramente contraria a la Constitución, según sentencia expresa de la Corte, y que conlleve violaciones a derechos fundamentales constituye una vía de hecho

3.1. Es cierto que en la sentencia C-392/00 la Corte nunca se refirió al segundo inciso del artículo 388 directamente, puesto que no era objeto de la demanda en tal caso, pero también lo es el hecho de que, luego de las razones expuestas, es imposible omitir de manera absoluta un análisis sobre si su contenido vulnera la Constitución, y omitir, además, de manera también absoluta, un estudio de si aplicar dicha norma conlleva una violación a los derechos fundamentales, en esta ocasión en especial la igualdad. En esta medida es preciso decir que se trata de una norma respecto de la cual el problema jurídico de su inaplicabilidad en el caso concreto, por violar la Carta Política, es tan evidente que no puede ser totalmente ajeno al funcionario judicial, el cual no puede desprenderse completamente de su deber de aplicar también la Constitución, norma de normas (artículo 4º C.N.).

Según la jurisprudencia de esta Corporación, son cuatro las razones por las cuales un funcionario judicial puede incurrir en una vía de hecho al proferir una providencia. Al respecto cabe señalar un fallo de esta misma Sala en el que se dice,

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al indicar que, si bien una vía de hecho judicial implica un defecto superlativo, ello no significa que sólo pueda originarse como efecto de un vicio formal como el que menciona la sentencia bajo revisión. A este respecto, la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”.<sup>12</sup> Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.”<sup>13</sup>

Considera la Sala que cuando señala la Corte en la sentencia C-392/00 que no es constitucional una norma que niegue la posibilidad a un sindicato a acceder a una medida de aseguramiento, en razón únicamente a quién es el juez competente de conocer su caso, es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, ése, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos por que los procesos se adelantan ante jueces especializados (inciso 2º del artículo 388 del C. de P. P.).

Así pues, la Comisión de Fiscales incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, al fundar su decisión en una disposición evidentemente contraria a la Constitución, omitiendo de manera absoluta, a pesar de que fue pedido por el abogado defensor, analizar su compatibilidad con la Carta y su aplicabilidad en el caso concreto.

No obstante lo anterior, la Sala entiende que el inciso segundo del artículo 388, por cuanto no ha sido formalmente declarado inexecutable por la Corte, aun está vigente. Por lo tanto, no comparte la Sala la afirmación del accionante según la cual la Comisión aplicó una norma inexistente.

En este caso se presentan una serie de condiciones que impiden a un funcionario judicial omitir, de forma absoluta, un análisis de la constitucionalidad de la norma y pronunciarse sobre su inaplicabilidad. Las condiciones son: (1) el contenido normativo de la disposición es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional así lo declaró; (2) la norma claramente compromete derechos fundamentales; y (3) se solicitó de manera expresa al funcionario judicial que la norma fuera inaplicada y se aportó como elemento de juicio una sentencia de constitucionalidad de la Corte que excluyó del ordenamiento jurídico el mismo sentido normativo de la disposición que sería aplicada para decidir en el caso concreto. Los funcionarios judiciales no pueden ser indiferentes ante esta situación, ya que es su deber aplicar de manera preferente la Carta Fundamental. Por tal razón, se ordenará en la parte resolutive de este fallo que se considere de manera detallada la procedencia de negar la medida de aseguramiento solicitada, cuando el inciso segundo del artículo 388 del C. de P. P., es evidentemente contrario a la Carta.<sup>14</sup>

Para finalizar, considera la Sala pertinente abordar dos puntos: primero, precisar que sí están en juego derechos fundamentales, y segundo, señalar que en modo alguno se pretende

desconocer las competencias de los funcionarios judiciales respectivos, entrando ella misma a valorar lo que le corresponde a ellos; todo lo contrario, la decisión de esta Sala parte precisamente de lo considerado por la Comisión de Fiscales acusada.

3.2. Para los jueces de primera y segunda instancia, no es de recibo que en el presente caso exista amenaza a derecho fundamental alguno. La Sala discrepa de tal posición. En primer lugar, la decisión de la Comisión de Fiscales, como se mostró en las consideraciones anteriores, implica una violación al derecho a la igualdad.

Adicionalmente el derecho a la libertad, y contrario a lo dicho por los jueces de instancia, sí está en juego. No comparte la Sala que la libertad sólo se pueda ver afectada cuando se impone medida de aseguramiento arbitrariamente. El examen que se realiza en los fallos de instancia es si la persona fue privada de su libertad o no. Para esta Sala las diferentes medidas de aseguramiento implican diferentes grados de restricción a la libertad, por lo que imponer una medida más restrictiva, cuando podría imponerse una más permisiva, conlleva una afectación mayor del derecho a la libertad.

No cabe duda que quien se encuentra privado de su libertad como medida preventiva en un establecimiento carcelario, tiene mayores restricciones al goce de su libertad que quien se encuentra en la misma situación, pero en su domicilio. El segundo, por ejemplo, no tiene el sinnúmero de restricciones que implican los horarios, la disciplina y organización de un establecimiento penitenciario. Así pues, cuando a Marcela Tróchez se le dice que según las normas vigentes tiene derecho a que la medida de aseguramiento sea menos restrictiva que a la que actualmente está sometida, pero finalmente se le niega su solicitud en virtud de una norma jurídica violatoria de la Constitución, el funcionario está siendo absolutamente indiferente ante ella y sus derechos.

3.3. Por último, teniendo en cuenta que, como bien lo señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de conceder o no una medida de aseguramiento como la detención domiciliaria es un asunto que corresponde en este caso a la Comisión de Fiscales acusada, y no al juez de tutela, entra la Sala a evaluar si la decisión adoptada se fundó sólo en la norma cuyo contenido normativo es contrario a la Constitución, o si se fundó además en otras razones que podrían justificar la negación de la solicitud de una medida de aseguramiento menos restrictiva. Dijo la Comisión,

“La comisión de Fiscales de Cali, no entra en discusión sobre el primer aspecto, con relación a la conducta de los inculcados al considerar que se cumple a cabalidad, por cuanto no tienen antecedentes y de acuerdo a lo plasmado en los folios su aspecto individual y familiar no se observa circunstancia en el sentir de no comparecer al proceso o poner en peligro a la comunidad.

Se analizará entonces el segundo requisito

(...)

Como se puede evidenciar la norma es de imperativo cumplimiento para el juez y las partes, donde excluye la posibilidad de la detención domiciliaria en asuntos como el presente”<sup>15</sup>

No cabe duda que la decisión adoptada por la Comisión de Fiscales encontró sustento, únicamente, en la norma evidentemente incompatible con la Carta, es decir en la consideración del hecho de que el proceso dentro del cual se solicitó la detención domiciliaria se adelantaba ante un juez penal de circuito especializado. Es más, la Comisión señala que todos los demás requisitos se llenan a cabalidad.

No obstante lo anterior, quiere enfatizar la Sala que la decisión de conceder o no una medida de aseguramiento, como ya se dijo, no corresponde al juez de tutela. Se trata de una determinación que deben tomar los funcionarios judiciales competentes, en ejercicio de sus atribuciones de manera autónoma, para lo cual pueden estimar elementos fácticos y jurídicos, tales como quién es el sindicado, cuáles son sus antecedentes penales o cuál es el tipo penal objeto de discusión dentro del proceso; siempre, obviamente, dentro del respeto al orden constitucional vigente.

### III. DECISIÓN

En conclusión, incurre en una vía de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisión con base en una disposición: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional que

excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e ínsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión.

Por lo tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de la referencia, de diciembre doce (12) de dos mil (2000).

Segundo.- Tutelar los derechos a la igualdad y la libertad de Marcela Tróchez Solano.

Cuarto.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, así como también comunicar el fallo a la Unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Artículo 396 — Detención domiciliaria. Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima

prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente, podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana.

2 Artículo 26 — El inciso 2º del artículo 409 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) quedará así: ‘De este beneficio quedan excluidos en todo caso los sindicados por los delitos a los que se refiere el artículo 71 de este código’.

3 Artículo 388 — Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva. (Este segundo inciso fue modificado por el artículo 35 de la Ley 504/99, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en el fallo C-392/00; M.P. Antonio Barrera Carbonell).

4 Entre otros temas, la Ley 504/99 reemplazó a lo largo del Código aquellas disposiciones que hacían referencia a los jueces regionales, por la expresión jueces penales de circuito especializados. Dos de las normas que tocaban este punto fueron el artículo 26 y el tercer inciso del artículo 35. El texto de la primera excluía la posibilidad de conceder la detención parcial en lugar de trabajo o domicilio a los sindicados en procesos de conocimiento de los nuevos jueces especializados. Fue declarada inconstitucional por violara el derecho a la igualdad. En esta decisión de la Corte funda su alegato el accionante. El texto de la segunda norma, el inciso tercero del artículo 35, se limitaba a sustituir las expresiones mencionadas, entre otras, en una norma del Código (el inciso 2º del artículo 388) en la que se prescribe que en los procesos adelantados ante jueces especializados sólo procede como medida de aseguramiento la detención preventiva. La Corte declaró constitucional el inciso tercero del

artículo 35, decisión que es entendida por los fiscales como que la disposición del Código no fue cuestionada y por lo tanto, también es constitucional.

5 Ver antecedentes, número 6

6 ART. 396 — Detención domiciliaria. Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente, podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana.

7 ART. 409 — Detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio. El sindicado que deba proveer por disposición de la ley a la subsistencia de una o más personas, podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo, o su domicilio siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que no tenga en su contra, sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional.
2. Que esté sindicado por un delito cuya pena máxima no exceda de seis años de prisión.
3. Que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal.

El beneficiado firmará diligencia de compromiso y prestará caución, que garanticen el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan, entre las cuales estará la de regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después de que terminen sus labores diurnas o nocturnas.

Esta medida se revocará cuando el beneficiario incumpla cualquiera de las obligaciones que se hubieren impuesto en la diligencia de compromiso.

(El inciso segundo, modificado por la Ley 504/99, art. 26, donde se señalaba que: “De este beneficio quedan excluidos en todo caso los sindicados por los delitos a los que se refiere el artículo 71 de este código”; fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en

Sentencia C-392, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

8 Ley 504 de 1999, “por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2376 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones.”

9 Sentencia C-392/00; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

10 Sentencia C-392/00; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

11 El artículo 71 del C. de P. P. establece la “Competencia de los jueces penales de circuito especializados”.

12 ST-231/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

13 Sentencia T-008/98; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Esta no es la primera vez que se toma una decisión de esta naturaleza. En el Auto 071/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se ordenó a los jueces de tutela inaplicar una norma del Decreto 1382/00 abiertamente contraria a la Constitución.

15 Providencia de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito especializado de Cali, Comisión de Fiscales conformada por Manuel Gómez Gutiérrez y Mery Garzón Ospitia, octubre 2 de 2000.