

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP12558-2018

Radicación N° 100474

Acta 338

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA contra la sentencia de tutela emitida el 16 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual negó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot, dentro del asunto penal que se adelanta en su contra por el delito de estafa agravada, en actuación que vinculó a las partes e intervinientes del citado diligenciamiento.

ANTECEDENTES

Fueron resumidos por el Tribunal A quo así:

1. Manifiesta el accionante de acuerdo a su confuso relato fáctico, que el Juez Segundo Penal del Circuito de Girardot, en audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 26 de julio de 2018, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por su defensora, el cual había sido sustentado en audiencia.

2. Alega que el mencionado funcionario judicial, negó la apelación declarándola desierta al no haberse sustentado en debida forma el recurso, desestimando los planteamientos relativos al hecho de que el denunciante no era víctima, sino un vendedor con cambio de condiciones aceptadas en forma libre, planteadas por las partes en un contrato.

3. Advierte que al escucharse el registro de la audiencia, se advierte que su defensora fue clara y expresa al apelar la decisión que según su criterio, es ilógica y fuera de la realidad de las pruebas que no reconocen a una víctima, al ser un simple vendedor de un bien.

4. Refiere que su apoderada expuso de manera suficiente y detallada los motivos de disenso contra la decisión del juez, quien entró a decidir sobre la apelación, sin tener competencia para ello, dado que tal asunto, le correspondía al superior de dicho funcionario judicial.

5. Resalta que aunado a ello, se afectó su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto en desarrollo de tal audiencia se solicitó por parte de la defensa, la aplicación de los artículos 175 y 294 del CPP, no obstante, se negó dicho pedimento, al eludir el juez de manera errada, que era él quien pudiese estar incurso en la causal de impedimento o recusación planteada, y no como se manifestó en relación al Fiscal Segundo Seccional, resaltado que la solicitud se elevó respecto a este mismo funcionario, pues al estar vencido el término para presentar la acusación el fiscal estaría impedido para continuar con el asunto.

6. Aduce así mismo que el Fiscal Segundo Seccional de Girardot – Cundinamarca, persiste en la tesis de mantener el delito de estafa agravada en su contra, pese a que dentro del expediente obra acta de diligencia de mediación entre las partes del 29 de agosto de 2014, en donde se logró una conciliación, y se dispuso el archivo de la actuación, recibiendo en dicho instante el denunciante, el valor de \$50.000.000, convirtiéndose con ello en un proceso civil, y no de naturaleza penal.

7. Refiere que se afectan sus garantías fundamentales con la actuación desplegada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Girardot, quien declaró desierto el recurso de apelación sin ser el competente para ello, negando el derecho a que el superior resolviera el recurso interpuesto y sustentado, sumado al hecho de permitir la actuación del fiscal en la audiencia, estando impedido en razón al vencimiento de términos.

PRETENSIONES/ Con fundamento en lo anterior, solicita el accionante se tutela su derecho fundamental al debido proceso, y que en consecuencia de ello, se orden la concesión del recurso interpuesto, en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación celebrada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot Cundinamarca.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento del asunto, el Tribunal a quo ordenó correr traslado a las autoridades accionadas y vinculadas para que ejerciera el derecho de contradicción que le asiste, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. El titular del Juzgado 2º Penal del Circuito de Girardot solicitó declarar la improcedencia de la acción, pues contrario a lo aducido por el accionante, la audiencia en la que se formuló acusación por el delito de estafa se adelantó conforme a los parámetros legales establecidos para el efecto.
2. El Fiscal 3º Seccional Juicios de Girardot, indicó que la acción constitucional debe ser negada al encontrarse la actuación penal en la que dice se emitió una decisión contraria a derecho, en curso, siendo este el escenario ideal para alegar todas y cada una de las supuestas irregularidades en las que se ha incurrido.
3. Las demás autoridades guardaron silencio dentro del traslado concedido para el efecto.

EL FALLO IMPUGNADO

Fue proferido el 16 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, declarando improcedente la acción de tutela, por desconocimiento del presupuesto de subsidiariedad que rige la acción constitucional, ya que el actor no agotó los medios de defensa judicial con los que contaba al interior del proceso para el reclamo de sus derechos, pues tuvo la oportunidad de reponer la decisión a través de la cual se declaró desierto el recurso de apelación y no lo hizo.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo, el accionante manifestó su voluntad de impugnarlo, sin hacer manifestación alguna al respecto.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. numeral 3º del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia el 16 de agosto de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, al ser su superior funcional, en actuación que vincula al Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot.

2. Suficiente ha sido la divulgación frente al artículo 86 de la [Constitución Política](#), en cuanto establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Ahora, resulta indiscutible que la pretensión de FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA se dirige en últimas a que el Juez de tutela intervenga en el proceso penal con radicación 25307 6000 553 20147 80005 en el que funge como procesado, para que deje sin efectos lo actuado por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot en el decurso de la audiencia en la que se le formuló acusación por el delito de estafa; particularmente la decisión mediante la cual se declaró desierto el recurso presentado por su defensa respecto la providencia que reconoció como víctima al ciudadano Alfredo P.P., así como aquella que no accedió a tramitar la recusación presentada contra el delegado de la Fiscalía General de la Nación

4. Precisado lo anterior, como punto de partida ha de recordarse el criterio ampliamente divulgado por la jurisprudencia constitucional de la Sala, según el cual la acción de amparo de los derechos fundamentales, como principio general, es improcedente contra actuaciones y decisiones judiciales, pues solamente se ha permitido la excepcional intervención ante la ausencia de medios de defensa para lograr el amparo, o cuando existiendo, y considerando el caso concreto, se tornan ineficaces para conseguir la real e inmediata protección, desde luego frente a determinaciones o actuaciones judiciales que puedan catalogarse como vías de hecho, que con la evolución jurisprudencial pasaron a considerarse como causales genéricas y especiales de procedibilidad (CC. T-332/06), cuyo cumplimiento, está obligado el demandante a acreditar.

Es decir, que cualquier pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela, respecto de la eventual afectación de derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional, solamente es admisible cuando se haya determinado de manera previa la configuración de dichos requisitos, lo cual implica una carga de acreditación para el actor respecto de la satisfacción de los mismos y de los supuestos fácticos y jurídicos en que se fundamenta la censura, de tal manera que resulte evidente la vulneración.

De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección

alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de aquélla.

Es así, que entre otras, que en la sentencia SU-195 de 2012 la Corte Constitucional ratificó la doctrina relativa a condicionar la procedencia de la acción de tutela contra providencias al cumplimiento de ciertos y rigurosos presupuestos de procedibilidad, agrupados en (i) requisitos generales; y (ii) causales específicas (Cfr. C.C.S.T-137/2017).

Los primeros que se concretan a: a) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; d) que cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; e) que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y f) que no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que los segundos, implican la demostración de, por lo menos, uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin

motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) y h) la violación directa de la Constitución.

En ese contexto, los criterios previamente reseñados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

5. Expuesto lo anterior, y una vez revisadas las diligencias, desde ahora la Sala advierte que en el asunto sub lite el recurso de amparo propuesto por FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA está llamado a prosperar, razón por la cual habrá de revocarse la decisión del Tribunal a quo, como pasa a exponerse:

En primer lugar, de las pruebas e informes allegados al presente trámite constitucional, se constata que:

El 26 de julio de 2018, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot Cundinamarca, llevó a cabo la audiencia de acusación contra FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA a quien se le imputó el delito de estafa agravada, diligencia en la que conforme lo dispuesto en el artículo 340 de la Ley 906 de 2004, se procedió a reconocer la calidad de víctima del ciudadano Alfredo P.P., decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación, no obstante, el mismo fue declarado desierto por falta de sustentación.

Concretamente el citado funcionario consideró:

Debe el despacho indicar entonces que va a declarar desierto el recurso, este recurso presentado como de apelación por parte de la señora defensora, como quiera que no se ha referido a la decisión bajo la cual está recurriendo, que es la de reconocer a la presunta víctima dentro de esta actuación. Debe recordar el despacho a la señora defensora que este despacho hasta ahora conoce del escrito de acusación, toda la argumentación que ha

expuesto se refiere es más a lo que se tendría que demostrar en el juicio oral, que es que no existe delito en este caso. La simple decisión como presunta víctima es una decisión que obliga a la actuación en el Código de Procedimiento Penal al inicio de la audiencia de acusación, por ello el despacho ni siquiera debe evaluar en este momento ningún documento que es lo que pretende la defensora, ni entrar a determinar absolutamente nada... en esa medida no está atacando la decisión que tuvo como fundamento legal el artículo 132 del CPP, y ese artículo 132 tal y como se mencionó hace relación a lo que señala la fiscalía, que es que aquí existió un presunto delito y aquí al parecer la víctima es el señor Alfredo P.P. Por estas razones entonces se declara desierto este recurso o esta apelación presentada. Contra esta declaración de declaratoria del recurso procede el recurso de reposición únicamente...

En segundo lugar, debe destacarse que la Sala de Casación Penal de esta Corporación en providencia AP4870-2017, Radicación 50560 del 2 de agosto de 2017, ajustó la interpretación y aplicación que venía dándose a los artículos 179A y 179B de la Ley 906 de 2004, indicando:

«2. Con sustento en lo dispuesto en los artículos 179A y 179B de la Ley 906 de 2004, la Sala ha sostenido pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica, bien cuando el recurso es sustentado deficientemente, bien cuando la sustentación es inexistente o extemporánea, decisión contra la cual procede únicamente el recurso de reposición.

En contraste, cuando el juez concluye que su decisión no es susceptible del recurso de apelación, o aun siéndolo, la parte que lo propone carece de interés jurídico para recurrirla, la alzada debe negarse, en auto contra el cual procede la reposición y la queja¹.

No obstante, encuentra la Sala que el citado criterio resulta inadecuado y por tanto, debe modificarse, pues comporta una restricción irrazonable y desproporcionada del principio general de la doble instancia.

En efecto, la garantía de la doble instancia, como expresión del debido proceso, faculta a los sujetos procesales a someter las decisiones contrarias a sus intereses al análisis del superior funcional de quien la profirió, con el fin de que se revise su legalidad.

Bajo tal perspectiva, la citada prerrogativa garantiza el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y propende por la eficacia de los derechos de las partes e intervinientes en el proceso penal, a través de la implementación en el ordenamiento jurídico de mecanismos de impugnación y de autoridades jerarquizadas que posibilitan la revisión de los asuntos sometidos a la administración de justicia.

En este orden, el principio de la doble instancia tiene como propósito garantizar los fines del Estado y reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales, objetivo que no se agota con la sola existencia formal de medios de recursos, sino que demanda del Estado la garantía de acceso a aquéllos.

Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió

con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación» (Destaca la Sala).

En tercer lugar, al contrastar lo acontecido en la audiencia de acusación desarrollada el 26 de julio de 2018 en el asunto de marras, por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot, resulta indiscutible que el citado operador judicial debió aplicar el criterio jurisprudencial previamente citado, máxime cuando con él –como se indicó– se estableció una regla de garantía del derecho y principio constitucional de la doble instancia en las actuaciones judiciales.

Entonces, tras considerar que la sustentación del recurso de apelación efectuada por la abogada de FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA –aquí accionante– era deficiente, el Juez fallador accionado debió denegarlo, más no declararlo desierto; ello con el fin de habilitar a la parte interesada, por un lado, para que interpusiera el recurso horizontal y, de otra parte, para que promoviera el de queja, mecanismo que permite que sea el superior jerárquico quien decida, en últimas, sobre la idoneidad de la fundamentación de la disidencia.

No obstante, como quiera que ese no fue el proceder del operador judicial demandado, es claro que incurrió en un defecto procedimental, respecto del cual la jurisprudencia nacional ha explicado que se configura:

«...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: (ii) 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» (C.C. Sentencias T-217/2010 y T-419/2011, reiteradas en Sentencia T-388/2015).

Así las cosas, al establecerse la viabilidad de la acción de tutela en el presente caso, se revocará la decisión del 16 de agosto de 2018 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, para en su lugar, conceder el amparo al derecho fundamental al debido proceso invocado por FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA.

En ese contexto, se dejará sin efecto la decisión adoptada en la audiencia de acusación el 26 de julio de 2018, por medio de la cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del accionante contra la decisión de reconocimiento de víctima.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará al Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot aquí demandado que en el término improrrogable de cinco (5) días, contados desde la notificación del presente proveído convoque a audiencia a las partes e intervinientes del proceso con radicación 25307 6000 653 2014 80005 y rehaga la diligencia de acusación, exclusivamente para que se pronuncie de nuevo sobre el recurso interpuesto por la apoderada de FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA, atendiendo los criterios expuestos en la parte motiva de esta decisión.

6. Por sustracción de materia, la Sala no hará pronunciamiento frente a los demás reparos del actor, en tanto, que ante el amparo concedido, los argumentos esgrimidos en esta acción deben ser debatidos al interior del proceso penal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Revocar el fallo proferido el 16 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, para en su lugar, conceder el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso del que es titular FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA, por lo expuesto en la parte motiva.

2. Dejar sin efecto la decisión adoptada en la audiencia de acusación el 26 de julio de 2018, por medio de la cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Girardot declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del accionante contra la decisión de reconocimiento de víctima.

Como consecuencia de lo anterior, se le ordenará que en el término improrrogable de cinco (5) días, contados desde la notificación del presente proveído convoque a audiencia a las partes e intervinientes del proceso con radicación 25307 6000 653 2014 80005 y rehaga la diligencia de acusación, exclusivamente para que se pronuncie de nuevo sobre el recurso interpuesto por la apoderada de FABIO LIBARDO GUERRERO ÁVILA, atendiendo los criterios expuestos en la parte motiva de esta decisión.

3. Notificar a las partes según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. Enviar las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 C.S.J, AP 24 Feb 2016, Rad. 44684; AP 28 Sep 2016, Rad. 48865; AP 15 Jul 2015, Rad. 46319, entre otros.