

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

STP3038-2018

Radicación nº 96859.

Acta 68.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I. VISTOS

1. Se procede a resolver la impugnación presentada por JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ, actuando a través de apoderado especial, frente al fallo proferido el 17 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, mediante el cual denegó el amparo constitucional interpuesto para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, presuntamente vulnerados por la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas).

II. ANTECEDENTES

2. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

2.1. Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones del demandante, fueron reseñados por el a quo de la forma como sigue:

2.1. Por medio del mecanismo constitucional de acción de tutela, el apoderado judicial del señor JUAN DE JESÚS MERCHÁN SAENZ (sic), indicó que en contra de su prohijado se tramita indagación por parte de la FISCALÍA SEGUNDA SECCIONAL DE LA DORADA, CALDAS, por la presunta comisión del ilícito de lavado de activos.

Relató seguidamente el libelista que el señor MERCHÁN SAENZ (sic), solicitó, ante la Fiscalía que adelanta las pesquisas, copia de la denuncia que fuera radicada en su contra, con el fin de tener conocimiento de los hechos que regentan la actuación y poder así adelantar su defensa, petitoria que fue denegada por el Fiscal de la Causa aduciendo que era potestad dar a conocer tal información o no, pues apenas hasta la audiencia de formulación de acusación tendría el correlativo de hacerlo; dicha petición, según narró el memorialista, fue reiterada, bajo el argumento de la inexistente reserva, pues tan sólo se deprecaba la denuncia, que no los elementos de prueba, corriendo la misma suerte esta última súplica.

En tal sentido, consideró vulnerados el actor sus derechos fundamentales, bajo el entendido que la defensa puede ser desplegada desde estadios pre procesales, constituyendo la negativa esgrimida por el Agente Persecutor una cortapisa a tal preeminencia, por lo que bogó por su protección, ordenándose al Fiscal accionado entregar copia de la denuncia solicitada.

III. DEL FALLO RECURRIDO

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, mediante la sentencia referenciada, negó el amparo invocado por el interesado, tras estimar lo siguiente:

3.1. A pesar de no tener límite temporal el derecho de defensa, es decir, que puede activarse «desde el estadio preprocesal de la indagación», donde el sujeto pasivo de la

misma «contará con la posibilidad de designar un abogado para que gestione sus intereses, ostentará la prerrogativa de guardar silencio, o bien de contar con la presencia de un abogado en caso de un interrogatorio a (sic) indiciado, podrá además gestionar la recolección de pruebas, así como acudir al juez de control de garantías para que vele por la efectividad de sus derechos, o bien realizar todas las acciones de similar jaez a las anotadas», ello «no se traduce en que se puedan omitir las etapas procesales propias del sistema penal, las que se encuentran plenamente delimitadas en la Ley 906 de 2004 y frente a estas deberán atenderse las partes en contienda para ejercitar sus actuaciones».

3.2. Por tanto, el a quo consideró acertada la posición del Fiscal accionado, «bajo el entendido que el mismo no cuenta con la obligación de descubrir los elementos materiales o la información con la que cuenta en la etapa procesal en la que se encuentra el incipiente proceso, si es que llamarlo proceso fuera correcto, ya que tal correlativo acaecerá apenas en la formulación de acusación», pues, según el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, «en el momento de la imputación, el Fiscal no cuenta con la obligación de ofrecer los elementos o la información obrante en la investigación, por lo que mucho menos tendrá dicha carga con antelación a la misma».

IV. DEL SALVAMENTO DE VOTO

4. El doctor César Augusto Castillo Taborda, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, se apartó, «al menos parcialmente», de la posición mayoritaria de la Corporación a la cual pertenece, tras argumentar lo siguiente:

4.1. Es absolutamente cierto que la Fiscalía General de la Nación no está obligada, ni siquiera en la imputación, a descubrir elementos materiales de prueba. Sin embargo, la denuncia no es per se un elemento material probatorio, sino el instrumento procesal a través del cual las personas pueden dar a conocer la noticia criminal. A partir de ella «la Fiscalía empieza a desplegar la actividad investigativa tendiente a establecer si se infringió

la ley penal, quién o quiénes pueden ser autores o partícipes y cómo revestir de sustento probatorio la hipótesis investigativa».

4.2. Por tanto, bajo el principio de igualdad de armas, que hace parte del sistema penal acusatorio, «al indiciado que ha tenido conocimiento de la investigación preliminar se le debe suministrar la información necesaria para que pueda defenderse tempranamente, siempre que no esté sometida a reserva».

4.3. Finalmente, afirmó que «negar el acceso indiscriminado y sin fundamento distinto a que la fase de indagación previa es reservada y que la ley no obliga a la Fiscalía a suministrar ningún tipo de información al indiciado, vulnera su derecho a la defensa y al debido proceso». Sustentó su posición en el precedente judicial CC T-920-2008.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

5. Fue presentada por el accionante, quien manifestó que no existe coherencia entre la solicitud de tutela y la decisión reprobada, por cuanto el a quo y el ente accionado confundieron los conceptos de derecho de defensa con reserva de ley, debido a que el sujeto pasivo de la indagación únicamente está solicitando la «denuncia inicial», pero no el descubrimiento probatorio, a efectos de conocer «siquiera las razones o los hechos que dan lugar al inicio de la investigación penal (...), toda vez que a la fecha está siendo investigado sin ni siquiera ser llamado a entrevista».

6. Adicionalmente, adujo que el fallador de primer grado desconoció el pronunciamiento CC C-127-2011, porque «es a partir del conocimiento de una investigación penal que se tiene derecho a la defensa y conocer los motivos por los cuales inicia un proceso penal, y no desde la etapa de formulación de acusación».

7. Finalmente, el recurrente expresó que la autoridad pública sólo tendrá la posibilidad de negar el acceso a los documentos o diligencias cuando quiera que las mismas «lesione[n]

derechos de terceros o la intimidad de las personas (...) y esencialmente, justifiquen la reserva de la información a partir de la Constitución o la Ley (sic)».

VI. CONSIDERACIONES

8. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Corporación para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, al ser su superior funcional.

9. En el caso concreto, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas), al negarle a JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ copia de la «denuncia penal» interpuesta en su contra, por la presunta comisión del ilícito de lavado de activos, lesionó o no su derecho a la defensa y debido proceso, en atención a que, según su criterio, en virtud del principio de la igualdad de armas, propio del sistema procesal penal acusatorio, le es permitido acceder a dicho documento desde la fase pre procesal, en aras de conocer «siquiera las razones o los hechos que dan lugar al inicio de la investigación penal (...), toda vez que a la fecha está siendo investigado sin ni siquiera ser llamado a entrevista».

10. Con el propósito de definir el dilema planteado, se estima necesario abordar los siguientes tópicos: (i) la naturaleza jurídica de la denuncia en materia penal; (ii) la temporalidad del derecho de defensa en el sistema de procedimiento penal con tendencia acusatoria; y (iii) el caso concreto.

La naturaleza jurídica de la denuncia en materia penal.

11. La denuncia en materia penal es una manifestación de noción mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción, pone en consideración del órgano de investigación un hecho presuntamente delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo,

modo y lugar que le consten, a la vez que representa la activación de un medio para acceder a la administración de justicia, cuando concurren la calidad de ofendido y denunciante, constituyéndose así en el ejercicio de una obligación legal y social de darle a conocer a la autoridad tales sucesos (CC C-1177-2005).

12. Se trata de un acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal en cuanto vincula al titular de la acción penal -la Fiscalía- a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho aparentemente punible que deba ser investigado de oficio, en desarrollo de claros mandatos superiores previstos en los artículos 6° (responsabilidad por omisión y extralimitación de funciones de los servidores públicos); 123 (la vinculación de los servidores públicos a la Constitución, la Ley y el reglamento); 228 (el carácter público y permanente de la administración de justicia); 229 (el derecho de acceso a la administración de justicia); y, particularmente, del 250 Superior que contempla el carácter obligatorio en el ejercicio de la acción penal¹.

13. Adicionalmente, un acto formal en el sentido que, aunque carece del rigor de una demanda, convoca una mínima carga para su autor en cuanto exige (i) presentación verbal o escrita ante una autoridad pública; (ii) el apremio del juramento; (iii) que recaiga sobre hechos investigables de oficio; (iv) la identificación del autor de la denuncia; (v) la constancia acerca del día y hora de su presentación; (vi) suficiente motivación, en el sentido que contenga una relación clara de los hechos que conozca el denunciante, de la cual se deduzcan unos derroteros para la investigación; (vii) la manifestación, si es del caso, acerca de si los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario (CC C-1177-2005).

14. En ese sentido, la denuncia es un acto debido, en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico (Art. 95.7 CP), del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un posible delito que deba investigarse de oficio. Las causas para exonerarse de este deber jurídico están previstas en la propia ley y constituyen un

desarrollo de las salvaguardias constitucionales establecidas en los artículos 33 y 74 relativas al derecho a la no autoincriminación, así como a la inviolabilidad del secreto profesional².

15. El acto de denuncia tiene carácter informativo, pues se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante. No constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho, careciendo, en sí misma, de valor probatorio (CC C-1177-2005).

16. A diferencia de la querella, la denuncia no es desistible, ni comporta la posibilidad de retractación en razón a la naturaleza pública de los intereses jurídicos que se encuentran comprometidos, lo que excluye la disponibilidad sobre los mismos por el denunciante. Aunque constituye el pilar de la acción penal, en los delitos investigables de oficio, la denuncia es un acto procesal que se agota con su presentación y ampliación, surgiendo el deber de impulso oficioso por parte de funcionario competente, e ingresando el asunto al ámbito de la función pública regida por los atributos que le imprime el artículo 228 de la Carta³.

17. Así, de los caracteres que el derecho procesal imprime al acto de denuncia, se derivan unos parámetros que permiten al funcionario judicial discernir en su momento, si se encuentra frente a una denuncia que responde a las exigencias de una declaración de conocimiento con potencialidad para movilizar el órgano de investigación, o ante una manifestación que no alcanza tal categoría (CC C-1177-2005).

18. Por tanto, se considera que la denuncia, como acto procesal que es, no constituye un elemento material probatorio o evidencia física, habida cuenta que, además de no estar consagrada como tal en el Título II, Capítulo Único, del Libro II de la Ley 906 de 2004, no

ostenta la virtud de demostrar per se la presunta comisión de una conducta ilícita, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, así como de los presuntos autores o partícipes.

19. La anterior afirmación obedece a que, si bien es cierto, la *notitia criminis* está robustecida de varias formalidades (canon 69 ibídem), también lo es que posee una característica eminentemente informativa, la cual conduce, eventualmente, a poner en marcha la función jurisdiccional del Estado.

20. Por ende, puede concluirse, desde ya, que la misma, en principio, frente a la situación fáctica que condensa, no está sujeta a reserva, pues nadie más interesado que la persona involucrada en las pesquisas en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan, en virtud de la necesaria participación del indiciado dentro de las diligencias penales.

21. En ese sentido, esta Corporación, en pronunciamiento CSJ SP3657-2016, del 16 de marzo de 2016, radicado 46589, manifestó que, por motivos de lealtad, igualdad de armas y garantía del derecho de defensa, el órgano de persecución penal está en el deber de informar al indiciado, que ha sido individualizado, sobre el adelantamiento de ese asunto preprocesal, -sin que ello se extienda a la comunicación de las labores investigativas que la Fiscalía pretende realizar, por razones obvias de eficacia garantizadas en gran medida por el factor sorpresa que las caracteriza-, circunstancia que se presenta en este asunto, en atención a que el accionante tuvo conocimiento acerca de la existencia de la indagación preliminar en su contra y el fiscal accionado no desmintió dicha situación.

La temporalidad del derecho de defensa en el sistema de procedimiento penal con tendencia acusatoria.

22. En el artículo 8º de la Ley 906 de 2004, el legislador fijó las diferentes condiciones para hacer efectivo el derecho de defensa. Esta norma, en su inciso 1º, estableció textualmente

lo siguiente: «En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que se aplica a: (...)»⁴.

23. Empero, la limitación dispuesta en la frase subrayada para ejercer las facultades de la defensa en la etapa previa a la imputación, fue demandada por inconstitucional ante la Corte Constitucional, quien, en sentencia C-799-2005, declaró su exequibilidad condicionada. Para el efecto, dicha Corporación determinó los alcances del derecho de defensa en el ámbito penal y definió su conexión frente a la materialización del valor de justicia⁵. Bajo estas condiciones, advirtió lo siguiente:

Pues bien, evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa. Como se ha dicho, el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal (...). Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso. (Negrilla fuera de texto original).

24. Conforme a la esbozada aserción, la encargada de la guarda y supremacía de la norma de normas acudió a los diferentes criterios jurisprudenciales fijados en el anterior sistema de investigación penal para el desarrollo de la indagación preliminar, transcribió algunos apartes de la sentencia C-150-1993, así como de la C-412-1993, y concluyó⁶:

- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.
- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga.

Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha (sic) defenderse.
- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.
- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada. (Énfasis fuera de texto).

25. A partir de dichos presupuestos, la Corte Constitucional justificó una interpretación incluyente del artículo 8º de la Ley 906, es decir, extendió las garantías de la defensa a la etapa previa a la imputación, a partir de la relación de varias hipótesis en donde se hacía necesaria la participación del indiciado dentro de las diligencias penales (CC T-920-2008).

26. En consecuencia, la aludida Corporación advirtió que dichas garantías⁷ se activan - inclusive- desde el trámite de la indagación y condicionó constitucionalmente la interpretación y aplicación de la norma rectora, en los siguientes términos⁸:

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo

desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley (sic) 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa⁹. (Énfasis fuera de texto).

27. Adicionalmente, en cuanto a los alcances del derecho de defensa dentro de la etapa de indagación del sistema penal acusatorio, en la sentencia C-210-2007, la Corte Constitucional efectuó un análisis sobre las pautas que deben observar la integración y designación de la defensa en cabeza del indiciado. En efecto, en razón a una demanda contra los artículos 118 y 119 de la Ley 906, se ocupó de estudiar la naturaleza de la defensa técnica, conforme a los cambios realizados al interior del «nuevo» procedimiento de investigación criminal y, sobre ese asunto, afirmó lo siguiente¹⁰:

De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa.

En este sentido, la Corte dijo que “el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable”. (Negritas fuera de texto original).

28. Más adelante, la sentencia en comento (CC C-210-2007) se ocupó de establecer cuál es

la etapa procesal apta para la designación del defensor. En esa dirección, la mencionada Corporación reiteró algunos apartes de la sentencia C-799 (referida) y ensambló el ejercicio de la defensa desde el momento mismo en que inicia la investigación penal al «derecho a la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales y sustanciales para la defensa o, como lo ha denominado la doctrina y jurisprudencia, el principio a la igualdad de armas procesales entre las partes»¹¹.

29. Sobre este principio, como pauta característica del sistema acusatorio, dicho cuerpo colegiado, en la sentencia C-210-2007, acudió al pronunciamiento C-1194-2005, acerca de la cual es importante destacar lo que sigue¹²:

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Énfasis fuera de texto).

30. Por tanto, puede afirmarse que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación, sino que, desde el instante mismo en que se inicia la investigación con un indiciado conocido, pudiendo éste adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa; eso sí, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del sistema de procedimiento penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan impedir las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación¹³.

31. En concordancia con lo anterior, puede sostenerse que si bien es cierto el Código de Procedimiento Penal impide el acceso del indiciado, por regla general, a las evidencias y

elementos materiales probatorios hasta cuando se realice la audiencia de formulación de acusación, también resulta necesario reconocer que, a efectos de que el implicado ejerza en debida forma el derecho de defensa, puede tener acceso a algunas diligencias ejecutadas en la indagación (CC T-920-2008).

32. En consecuencia, cuando un indiciado requiera el acceso o las copias de una carpeta en donde se consigne el programa metodológico, es necesario que la Fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906 de 2004, cuáles piezas se encuentran cobijadas por la reserva y cuáles no¹⁴, pues no se puede brindar una respuesta irreflexiva acerca de lo pedido por el implicado, por cuanto, eventualmente, lesionaría su garantía judicial de la defensa.

33. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó que para cumplir con el requisito formal de la reserva de la carpeta y justificar la restricción del derecho de acceso a la información procesal, «la Fiscalía debía explicar cuáles son las condiciones legales específicas o la etapa procesal en la cual se efectúa el descubrimiento de la evidencia física o de los elementos materiales probatorios de los cuales requería copia o, mejor, cuáles son las normas que limitan el principio de publicidad de los actos procesales, específicamente, aquellos que se efectúan durante la indagación»¹⁵.

34. Por ende, se considera que la labor del órgano encargado de la persecución criminal no puede ser automática, en el entendido de responder, frente a dichas postulaciones, que los soportes allegados a la Fiscalía, en esa fase de indagación, son absolutamente reservados, pues le corresponde, en cada caso, motivar su negativa, porque no se puede perder de vista que, de otro lado, está en vilo el derecho de defensa del implicado.

Caso concreto.

35. En el asunto bajo estudio, se advierte que JUAN DE JESÚS MERCHÁN SAÉNZ, el 7 de noviembre de 2017, acudió a la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas), con el

objeto que «se me expida copia de la denuncia interpuesta en mi contra por LAVADO ACTIVOS bajo el radicado Nro. 1703806000071201700641 (...) con el fin de hacerle entrega a mi abogado defensor»¹⁶, requerimiento respondido, mediante Oficio nº 20480-01-01-06-517, el 8 de idénticos mes y año¹⁷ por dicha autoridad de la siguiente manera:

(...) me permito informarle que resulta necesario despacharle desfavorablemente su petición de copia de denuncia que tramita esta Seccional en contra de JUAN DE JESÚS MARCHAN (sic) SAEN (sic), por el punible de Lavado de activos, dentro del caso NUNC. 173806000071201700641 donde aparece usted como indiciado, puesto que a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004 se constituyó en potestad absoluta del director de la investigación hasta tanto los documentos obrantes dentro de las carpetas no adquieran el carácter de públicos en la audiencia de Formulación de Acusación, en su caso particular las diligencias se encuentran en indagación.

Para mayor claridad se debe afirmar que los documentos y elementos obrantes en una foliatura fungen como papeles de trabajo del fiscal investigador y es éste quien determinará si suministra o no algún o algunos de ellos a cualquier tercero incluyendo entre estos a la víctima y/o denunciante; solamente recae sobre el fiscal de conocimiento la obligatoriedad de suministrar algunos de estos elementos según se ala (sic) parte, a partir de la audiencia de Formulación de acusación momento en el cual los multimencionados documentos adquieren relativamente el carácter de públicos al ser descubiertos en la mencionada audiencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 344 del C.P.P. (Énfasis fuera de texto).

36. Seguidamente, el 14 de noviembre de 2017 el abogado defensor de JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ reiteró la señalada postulación, aduciendo que en la respuesta anterior fueron «[confundidos] los conceptos de denuncia penal con el de elementos materiales probatorios»¹⁸, al paso que el 21 de ese mismo mes y año¹⁹ la Fiscalía Segunda Seccional

de La Dorada (Caldas) esgrimió lo siguiente:

(...) al respecto (sic) me permito informarle que esta Seccional se está a lo comunicado al indiciado JUAN DE JESUS (sic) MERCHAN (sic) SAEZ (sic) en oficio No. 517 fechado el 08/11/2017, indicándole, que no se le expiden las copias solicitadas en razón a que, los documentos y elementos obrantes en una foliatura fungen como papeles de trabajo del fiscal investigador y es éste quien determinará si suministra o no algún o algunos de ellos a cualquier tercero incluyendo entre estos al indiciado e incluso primordialmente frente a él; solamente recae sobre el fiscal de conocimiento la obligatoriedad de suministrar algunos de estos elementos, a partir de la audiencia de Formulación de acusación momento en el cual los multimencionados documentos adquieren relativamente el carácter de públicos al ser descubiertos en la mencionada audiencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 344 del C.P. (Énfasis fuera de texto).

37. Así las cosas, se evidencia que el objetivo de JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ no es la simple obtención de la denuncia tramitada por la entidad demandada, sino que, mediante dicho instrumento, desea enterarse sobre «las razones o los hechos que [dieron] lugar al inicio de la investigación penal (...), toda vez que a la fecha está siendo investigado sin ni siquiera ser llamado a entrevista», en aras de iniciar una estrategia en su defensa, frente a una actuación preprocesal en la cual ha advertido que es sujeto pasivo, conforme se expuso.

38. Siguiendo ese hilo conductor, para la Sala no es de recibo el argumento empleado por el Delegado accionado de la Fiscalía, consistente en que, durante la referida fase, ostenta la «potestad absoluta» para entregar duplicado de la aludida denuncia, habida cuenta que los servidores públicos, en un Estado Democrático y Social de Derecho, como lo es el nuestro (artículo 1º Superior), están sujetos al imperio de la ley, con el propósito de evitar la comisión de conductas caprichosas y arbitrarias, así como la imposición de condenas injustas (CC C-025-2009).

39. Por consiguiente, la sujeción del poder -punitivo- del Estado en este caso concreto- al orden legal²⁰ es condición esencial de existencia de dicha organización política. El ordenamiento jurídico, con la norma de normas en la cúspide del sistema interno, instituye la fuente formal primaria de nuestro régimen vigente. En tal sentido, la Carta Política (artículo 4, inc. 2) dispone: «Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes (...)». Y todas las personas -particulares y servidores públicos- son responsables de su infracción (canon 6 y 95 *Ibíd.*).

40. En el caso colombiano, nuestra Carta Magna establece que «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley» (canon 121). Específicamente, las autoridades jurisdiccionales -como todo servidor público- toman posesión del cargo jurando «cumplir y defender la Constitución» y ejercen sus funciones «en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento» (preceptos 122 y 123.2).

41. En consecuencia, la idea del Estado Democrático y Social de Derecho se concreta, para la administración de justicia, en la observancia del principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, según los cuales los servidores judiciales se hallan sometidos a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la ley, la [Constitución Política](#) y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, así como de los pronunciamientos judiciales que interpretan dichas disposiciones normativas (CC C-816-2011).

42. En ese orden de ideas, se tiene que la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas), tras considerar que goza de «potestad absoluta» para entregar o no copia de la aludida denuncia, atentó contra el debido proceso del implicado (CC C-025-2009), pues al autoproclamarse como una autoridad omnímoda y, de ese modo, sustraerse del deber de motivar adecuadamente la negativa de la misma, desconoció abiertamente la naturaleza sensible y social de esta área del derecho, habida cuenta que la pretensión del órgano

investigador del Estado es la posible afectación del derecho fundamental de la libertad del indiciado.

43. Se enfatiza en que la entidad demandada se despojó de la carga de explicar la desaprobación frente a la postulación de provisionar duplicado de la señalada noticia criminal, porque, si bien es cierto, le expuso al interesado, con base en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, que «a partir de la audiencia de Formulación de acusación» efectuaría el descubrimiento de «algunos de estos elementos», también lo es que no detalló «cuáles son las condiciones legales específicas o (...) las normas que limitan el principio de publicidad de los actos procesales, específicamente, aquellos que se efectúan durante la indagación», aunado a que confundió los conceptos de «denuncia penal con el de elementos materiales probatorios», conforme se revelará posteriormente.

44. A la par, se advierte que la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas) cometió un desatino jurídico al omitir el precedente CC C-799-2005, así como el pronunciamiento CC T-920-2008, en el sentido de haber soslayado la efectividad²¹ del derecho fundamental de la defensa, el cual implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, lo que conduce a la titular de la acción penal que suministre al indiciado información acerca de la situación fáctica contenida en la denuncia, por cuanto: (i) no se trata de una diligencia que se haya ejecutado en la fase de indagación, pues, por el contrario, fue la que dio inicio al trámite cuestionado; (ii) no existe un precepto legal que la considere como un acto procesal reservado; (iii) no se está anticipando a la etapa del descubrimiento de las pruebas; y (iv) no impide que la institución accionada adelante y continúe sus labores investigativas.

45. Otro aspecto, no menos importe, para sostener que el Delegado accionado de la Fiscalía también desatendió la decisión judicial CC C-1177-2005, es que lo solicitado por JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ no constituye un elemento material probatorio y evidencia física, conforme lo concibe dicha autoridad, lo cual, se itera, permite afirmar que no está bajo reserva, toda vez que no es un instrumento que representa cosas o acredita supuestos

fácticos, sino que anuncia la presunta ocurrencia de una conducta delictual²².

46. Igualmente, no puede pasarse por alto la consideración efectuada por la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas), consistente en que «los documentos y elementos obrantes en una foliatura fungen como papeles de trabajo del fiscal investigador y es éste quien determinará si suministra o no algún o algunos de ellos a cualquier tercero incluyendo entre estos al indiciado²³», porque tal afirmación no resulta ser cierta a plenitud, pues, con ocasión de la efectividad del derecho de defensa, dicha información, eventualmente, puede ser suministrada al indiciado (CC T-920-200824), con el propósito de materializar las garantías judiciales consagradas en el artículo 267 de la Ley 906 de 2004²⁵.

47. Lo precedente, conduce a concluir que la autoridad accionada lesionó las prerrogativas fundamentales del debido proceso y defensa de JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ, en atención a que, al abstenerse de comunicarle la situación fáctica por la cual fue denunciado, le ha impedido ejercer su derecho natural de desmentir, en virtud de los principios a la igualdad de armas y lealtad procesal, la censura delictiva formulada en su contra, desde la indagación.

48. Sobre ese particular, se aclara que, si bien es cierto, esta Corporación, en varias oportunidades ha precisado que la no entrega de copias de elementos materiales probatorios y evidencia física al indiciado o su defensor en dicho estadio pre procesal no resulta contraria al ordenamiento jurídico ni trasgresor de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues la misma se ajusta a la naturaleza del sistema penal acusatorio implementado por la Ley 906 de 2004²⁶, también lo es que este pronunciamiento no contradice dicha línea de pensamiento, porque en este caso concreto la protesta radica en la falta de suministro del duplicado de la notitia criminis, la cual, de acuerdo con lo ampliamente explicado, es un instrumento procesal eminentemente informativo y no demostrativo.

49. Como consecuencia de las consideraciones acabadas de exponer, se ordenará a la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas) que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a informarle, por escrito, a JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ la situación fáctica contenida en la denuncia formulada en su contra (carpeta nº 173806000071201700641), con miras a garantizar su derecho de defensa. En el supuesto que tal indagación haya iniciado en virtud de compulsas de copias²⁷ o informe de inteligencia²⁸, se ordenará a la aludida entidad que, con base en dichos documentos, le manifieste al interesado, en el mismo término y condición, los sucesos que se le endilgan.

VI. DECISIÓN

50. En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado y, en consecuencia, AMPARAR los derechos fundamentales del debido proceso y defensa de JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ, por los motivos ofrecidos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas) que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a informarle, por escrito, a JUAN DE JESÚS MERCHÁN SÁENZ la situación fáctica contenida en la denuncia formulada en su contra (carpeta nº 173806000071201700641). En el supuesto que tal indagación haya iniciado en virtud de compulsas de copias o informe de inteligencia, se ordenará a la aludida entidad que, con base en dichos documentos, le manifieste al interesado, en los mismos términos y condiciones, los sucesos que se le endilgan.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, una vez en firme.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CC C-1177-2005.

2 Ibídem.

3 Ejusdem.

4 CC T-920-2008.

5 Ibídem.

6 Ejusdem.

7 Artículo 8º de la Ley 906 de 2004.

8 Ídem.

9 Textualmente la parte resolutive de la sentencia es la siguiente: «Declarar EXEQUIBLE la expresión “una vez adquirida la condición de imputado”

contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación».

10 Ibídem.

11 CC T-920-2008.

12 Ibídem.

13 Ibídem.

14 Ejusdem.

15 Ídem.

16 Ver folio 10 del Cuaderno de Primera Instancia.

17 Ver folio 11 ibídem.

18 Ver folios 12 a 13 ejusdem.

19 Ver folio 14 ídem.

20 En sentido amplio.

21 Canon 2º Superior.

22 En esto radica la confusión de los conceptos de «denuncia penal con el de elementos materiales probatorios».

23 Énfasis fuera de texto.

24 En los supuestos que no se anticipe la etapa del descubrimiento de las pruebas y no se impida a la Fiscalía adelantar o continuar la investigación.

25 Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

26 Cfr. Sentencias CSJ STP del 29 de marzo de 2012, rad. 59477 y del 17 de mayo de 2012, rad. 60010. Más recientemente, en fallos del 27 de febrero de 2014, rad. 71996, así como del 20 de marzo del mismo año, rad. 72463 y 89339 del 13 de diciembre de 2016.

27 Al desconocerse la naturaleza y origen del proceso base en el cual hubo la compulsión de copias, se considera prudente la decisión adoptada.

28 Documentos sujetos a reserva según el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013.