

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP5794-2018

Radicación n°. 98059

Acta 133

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por EMELY SALCEDO BORJA, en calidad de Fiscal 23 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali, contra el fallo proferido el 20 de marzo del presente año, por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, mediante el cual negó el amparo constitucional invocado en la demanda formulada contra el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO del mismo distrito judicial, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Al trámite se vinculó a las partes e intervinientes en el proceso radicado 2011-00239, al igual que al señor WILLIAM GALLEGU MORA.

ANTECEDENTES

Manifestó la accionante que por hechos ocurridos el 8 de noviembre de 2007 y 4 de agosto de 2008, presentó escrito de acusación en contra de Jairo Casallas Bautista, Jader Vergara López y Jorge Eliécer Ramírez, los dos primeros ex oficiales de la Policía Nacional, por los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o

tenencia de armas de fuego y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos.

Adujo que dicha actuación correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, que realizó la audiencia de formulación de acusación el 8 de julio de 2011, en la que descubrió como uno de los testigos de la Fiscalía a William Gallego Mora, al igual que dos cds contentivos de un interrogatorio practicado al mismo.

Señaló que el 27 de marzo de 2015, finalizó la audiencia preparatoria en la que la juez de instancia decretó el testimonio en mención, pero inadmitió lo relacionado con los cds, al considerar que la representante de la Fiscalía quería hacerlos valer como prueba de referencia ante una eventual inasistencia del testigo, pero ello era una circunstancia incierta.

Afirmó que el 16 de mayo de 2016 se dio inicio al juicio oral, el cual se ha adelantado en varias sesiones en las que debido a las innumerables oposiciones de la defensa de los procesados para no permitir la incorporación de pruebas y la negativa de la juez del caso, ha debido acudir a los recursos de ley.

Sostuvo que en sesión del 8 de febrero de 2018, se presentó el testigo en mención¹, quien manifestó no recordar nada y que «no tengo nada contra nadie y estoy aquí contra mi voluntad», por lo que se consideró como un testigo no disponible y por ello, solicitó a la juez demandada se le permitiera utilizar el interrogatorio practicado con anterioridad para refrescar memoria, lo cual no se le permitió, por cuanto los defensores objetaron las preguntas por ella realizadas y la juez refirió que no había «sentado las bases» para la introducción del documento.

Tampoco se le permitió utilizar el aludido elemento material probatorio para refrescar memoria ni como prueba de referencia, pues la juez «asumió un papel de parte durante la audiencia realizando preguntas directas y direccionando el interrogatorio, trató al testigo de

procesado y así lo nombró varias veces», situación que no fue planteada por ninguna de las partes.

Sostuvo que el testimonio de Gallego Mora fue decretado en la audiencia correspondiente y resultaba determinante para su teoría del caso, máxime que «han fallecido por muerte violenta otros testigos directos con los que contaba la Fiscalía al inicio de este proceso».

Adujo que al final la juez dispuso rechazar de plano la práctica del aludido testimonio y ordenó el retiro del testigo, al aplicar la excepción al deber de declarar, pues al parecer estaba involucrado en los hechos materia de investigación, lo que no corresponde a la realidad, decisión contra la cual no se le permitió interponer recurso alguno.

Con fundamento en lo anterior, solicitó el amparo de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia y en consecuencia, que se revocara o dejara sin efecto la orden de rechazar de plano la práctica del testimonio de William Gallego Mora, se ordenara reanudar el juicio oral para practicar dicha prueba, para lo que se requeriría que el testigo volviera al estrado, permitiéndosele utilizar la declaración anterior que fue descubierta, sin que sea interrumpida por la juez.

Además, que se le permitiera la práctica de las pruebas sin injerencia de «autoridad judicial que afecten el ejercicio y la voluntad del testigo».

EL FALLO IMPUGNADO

El A quo declaró improcedente la protección invocada, al considerar que no se cumplía el requisito de la subsidiariedad, toda vez que la accionante contaba con otros mecanismos de defensa al interior del proceso penal, como es solicitar la nulidad de la actuación.

Adicionalmente, refirió que no existió ninguna vulneración de la autoridad accionada al emitir una orden, la cual no permite interponer recurso alguno, pues no se profirió decisión

de fondo y fue debido a la indebida sustentación de la delegada de la fiscalía.

LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por EMELY SALCEDO BORJA en calidad de fiscal 23 delegada ante los jueces penales del circuito especializado de Cali, sin argumentación adicional².

No obstante, en escrito allegado a esta Corporación, la impugnante reiteró in extenso los hechos señalados en la demanda inicial, al igual que indicó que el caso «es de connotación nacional, debido a que se trata de hechos que involucra unos oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, que para la época de los hechos se encontraban comandando en diferentes áreas de la Metropolitana de Cali»³.

Reiteró que el testigo William Gallego Mora, no es coacusado sino testigo directo de los hechos, por lo que no había razón para negar la introducción del interrogatorio practicado ante la renuencia a declarar.

Luego de relacionar los hechos que dieron lugar a la investigación, señaló que se han presentado dificultades en la obtención de las pruebas testimoniales, debido a que varias personas involucradas han sido desaparecidas, algunos testigos de cargo fueron asesinados, la hija de una de las testigos principales, que fue compañera sentimental de uno de los procesados, fue asesinada en forma violenta –desmembrada- y por ello, aquella teme por su seguridad, como se evidenció en la sesión del 12 de marzo del presente año.

Adicionalmente, refirió que la actuación de la juez demandada es reiterativa y se presenta en contra de la delegada del ente acusador, pues en varias sesiones del juicio oral ha debido impugnar las decisiones que niegan la introducción de pruebas de referencia, las cuales han sido revocadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Reiteró que se le vulneró el debido proceso por exceso de ritual manifiesto y en

consecuencia, se debe revocar el fallo impugnado y conceder la protección invocada y acceder a sus pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

2. En el presente evento, EMELY SALCEDO BORJA en calidad de fiscal 23 delegada ante los jueces penales del circuito especializado de Cali cuestiona por vía de tutela la orden emitida por la juez cuarta penal del circuito especializado de la misma ciudad, en la sesión de juicio oral realizada el 8 de febrero de 2018, en el trámite del proceso radicado 2011-00239, por cuanto la considera vulneratoria de sus derechos fundamentales y por ello, solicitó su revocatoria.

Frente a tal pretensión, surge pertinente recordar que de acuerdo con lo normado en el inciso 3º del artículo 86 ejusdem, la acción de tutela únicamente es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Presupuesto que además ha sido reconocido de manera pacífica y profusa tanto por la jurisprudencia de esta Sala, como por la de la Corte Constitucional, al sostener que la herramienta constitucional en cita no es una tercera instancia, ni tampoco mediante ella se puede suplantar al juez natural al interior del proceso penal para revivir etapas ya fenecidas o exponer, en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que actualmente son objeto de debate en los cauces ordinarios.

Sobre el particular, ha expuesto la Corte Constitucional que «...la idea de aplicar la acción

de tutela en procesos judiciales que están en trámite o terminados, pugna, por regla general, con el ordenamiento jurídico; porque cada procedimiento judicial cuenta con los mecanismos que se requieren para garantizar el debido proceso y la justicia efectiva»⁴.

De igual forma, a propósito de la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se alegue una vía de hecho en relación con una actuación judicial en trámite, la Corte Constitucional, puntualizó:

De acuerdo, también, con la amplia jurisprudencia de la Corte, la acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. De allí que la Corte ha señalado que no toda irregularidad en el trámite de un proceso constituye una vía de hecho amparable a través de esta acción. (Sentencia CC T-418 de 2003). (Negrilla fuera de texto).

Con base en el marco legal y jurisprudencial reseñado, es evidente que en el caso concreto el principio de subsidiariedad de la acción de tutela se torna aplicable, acorde con lo señalado por la primera instancia, toda vez que la inconformidad que plantea SALCEDO BORJA en torno a la actuación adelantada ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, es propia de un proceso penal en trámite.

En efecto, de acuerdo con la demanda de tutela y las respuestas allegadas a la actuación, se advierte que el expediente 2011-00239, adelantado contra Jairo Casallas Bautista, Jader

Vergara López y Jorge Eliécer Ramírez se encuentra en curso de la audiencia de juicio oral.

De manera que, la accionante cuenta con diversos mecanismos de defensa judicial al interior del proceso penal, para salvaguardar sus garantías fundamentales, toda vez que puede acudir a la figura del cambio de radicación, contemplada en el artículo 46 y ss de la Ley 906 de 2004, si considera que existen circunstancias que puedan afectar, entre otros, las garantías procesales o la seguridad o integridad personal de los intervinientes, toda vez que indicó que varios de los testigos han fallecido de manera violenta y que una de las testigos más importantes, siente temor de declarar⁵, sin que hubiera manifestado haber hecho uso del mismo.

Adicionalmente, acorde con lo señalado por la primera instancia, puede solicitar la nulidad de la actuación, apelar la sentencia que se emita en primera instancia en caso de que sea contraria a sus intereses.

En el mismo sentido, se evidencia que contra la sentencia de segunda instancia procede el recurso extraordinario de casación, medio idóneo de control constitucional, tanto de la providencia de segundo nivel, como del proceso penal en su integridad.

Así las cosas, un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, constituye un aspecto ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela, que se limita a ejercer un control constitucional, pero de ninguna manera extensivo al de acierto propio de las instancias, pues la acción de amparo ha sido instituida para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, pero no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes.

En efecto, uno de los presupuestos de procedibilidad consiste justamente en que se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial⁶, y ello aquí no ha ocurrido; por lo tanto, el juez de tutela no puede desplazar a la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento propio de sus funciones, tal y como lo pretende el demandante con esta acción.

Afirmar lo contrario, equivale a que todas las decisiones -incluso las de trámite- que se toman en el transcurso de la actuación penal estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales y ello no es así.

En ese orden, para la Sala no es posible estudiar de fondo lo debatido ni adelantar su posición al respecto, ya que -se reitera- se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los jueces naturales y sobre el cual existen pendientes otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata.

Así las cosas, lo procedente en este evento será confirmar el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta decisión.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Quien se encuentra privado de la libertad por el homicidio de uniformado de la Policía Nacional, involucrado en los hechos objeto del proceso.

2 Folio 139 del cuaderno de primera instancia.

3 Folio 4 y ss del cuaderno de la Corte. Con la sustentación allegó un cuaderno anexo.

4 Fallo T-967 de 2010, Corte Constitucional.

5 Folio 9 y ss del cuaderno de la Corte.

6 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 38.650, 40.408, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, entre otras.