

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP8786-2018

Radicación n° 99212

Acta 217

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por el apoderado de Dairo Fernando Ortiz Fandiño, contra el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, trámite que se extendió a la Fiscalía 206 Seccional de esa capital y a las partes e intervinientes en el proceso que es objeto de cuestionamiento, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa técnica, al igual que el principio de igualdad de armas.

1. LA DEMANDA

Los hechos que sustentan la petición de amparo se resumen en los siguientes términos:

1. En contra del accionante se inició investigación por hechos acaecidos en enero de 2014, dentro de la cual se llevó a cabo la audiencia de imputación el 24 de julio de ese mismo año, acto en que se le endilgó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.
2. El 19 de septiembre de ese año la fiscalía instructora radicó escrito de acusación, que se

formalizó en audiencia del 14 de enero de 2015 y la preparatoria el 22 de junio de 2016, mientras que el debate oral y público tuvo lugar el 6 de julio de 2017 y al término del mismo se dictó sentencia en contra de Dairo Fernando Ortiz Fandiño por parte del Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá en la cual lo condenó a la pena de 213 meses de prisión por la conducta punible aludida.

3. La defensa interpuso recurso de apelación contra dicha decisión que desató la Sala Penal del Tribunal Superior de la citada ciudad y en providencia del 16 de noviembre siguiente la confirmó, con la modificación de fijar la sanción en 144 meses de prisión, sanción que el sentenciado purga desde el 23 del dicho mes al producirse su captura.

4. Precisa el actor que después del cambio de residencia que se suscitó por motivos económicos, «...no volvió a tener conocimiento de las actuaciones judiciales llevadas en su contra ni con la misma fiscalía, ni el juzgado de conocimiento y mucho menos con su abogado de oficio, lo que originó que éste no pudiese ejercer su defensa material y, su defensa técnica no ejerciera los derechos de contradicción y defensa con elementos probatorios, evidencia física en información legalmente obtenida, a pesar que aplazó en más de 4 oportunidades la audiencia preparatoria...», quien tampoco presentó teoría del caso ni elemento material probatorio en su favor, con el agregado de no haberse intentado la notificación de las diferentes actuaciones judiciales, hechos que condujeron a una sentencia condenatoria.

5. Luego de exponer el cumplimiento de los requisitos de carácter general respecto de la decisión emitida en su contra, frente a la que no interpuso el recurso de casación por falta de recursos económicos, plasma en el libelo la configuración de un defecto procedimental en virtud de la violación del derecho a la defensa.

5.1. Al respecto sostiene que su defensor de oficio a pesar de haber aplazado en cuatro oportunidades la audiencia preparatoria bajo el argumento de estar a la espera de obtener

resultados a las órdenes de trabajo de la dirección de criminalística de la Defensoría del Pueblo, finalmente no presentó prueba a su favor, limitándose a «mostrar su inconformismo por algunas incoherencias en los relatos hechos por la menor», lo cual se tradujo en una defensa meramente formal.

5.2. En sentir del tutelante, la omisión probatoria por parte del abogado defensor repercutió en la violación de garantías de orden superior, emitiéndose una sentencia con base sólo en pruebas de cargo y sin haber ejercido el derecho de contradicción.

5.3. Aunado a lo anterior, demanda el compromiso del principio de igualdad de armas, toda vez que el profesional del derecho «no utilizó ninguna de las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos que facilitan la labor del abogado en cuanto a la defensa técnica ejercida (...). Sin embargo, se debe anotar que fueron muchas las posibilidades que tuvo la defensa para haber demostrado que, el hoy condenado no fue quien perpetró tal delito. Pero que en nada tuvo la voluntad y capacidad de realizar, y su inercia tuvo como resultado una condena injusta...».

6. Con fundamento en lo anterior, solicita el amparo de los derechos demandados y corolario de ello, se decrete la nulidad del proceso a partir de la audiencia de formulación de imputación.

2. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. El titular del Juzgado 56 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, puntualizó que contrario a lo expuesto por el demandante, en las audiencias preparatoria y juzgamiento se le respetaron todas sus garantías al debido proceso y defensa.

2. El Magistrado integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y Ponente de la decisión confutada, de entrada señaló que la acción de tutela resultaba improcedente por cuanto al interior del proceso se respetaron los derechos de las partes y en especial al

procesado, quien estuvo representado por un profesional del derecho, quien sabía de la existencia del mismo, de ahí que tuvo la oportunidad de mantenerse atento a su desarrollo y de recurrir en casación si así lo estimaba, pero no fue ese su proceder.

3. La Fiscal 206 Seccional de entrada solicitó denegar la petición de tutela en razón a que la misma no tiene la función de revivir estadios procesales taxativos y preclusivos, mucho menos en una actuación que se adelantó con apego de las formas propias del debido proceso, lo cual, dijo, se veía reflejado cuando desde la audiencia preparatoria ambos sujetos procesales tuvieron la oportunidad de peticionar pruebas para practicarlas en el juicio oral.

Cuestionó también la afirmación del implicado de no haber sido convocado a las audiencias, pues sobre ello fue debidamente ilustrado por el juez de garantías en la audiencia de formulación de imputación, de manera que conocía plenamente del proceso penal y de las diligencias que se desarrollarían, incluido el juicio oral.

Finalmente, adujo que solicitar nulidades «culpando» la actuación de la defensa por no presentar teoría del caso y reservar la defensa al contrainterrogatorio, «no solo son manifestaciones de desconocimiento del sistema penal oral acusatorio, sino desestimatorias de actuaciones perfectamente válidas en el entorno a una defensa técnica bien desarrollada que no solo contrainterrogó y alegó en defensa del usuario de defensoría; así éste hubiese desaparecido del proceso, sino que impugnó en apelación...».

4. Los vinculados al trámite tutelar:

4.1. La Procuradora 219 Judicial I Penal, en punto de la indebida notificación que alega el actor, precisó que en la audiencia celebrada el 24 de julio de 2014 ante el juez de control de garantías fue informado de los hechos por los cuales estaba siendo investigado y del inicio de la actuación en su contra; sin embargo, optó por cambiar de residencia y abandonar el proceso, y ahora pretende endilgar su incuria a las autoridades judiciales y a la defensa

técnica, «hecho que no puede ser acogido como sustento de su pretensión, por el contrario, ese abandono total del proceso deslegitima el interés en la protección de los derechos que alega se desconocieron.»

Hizo ver que de acuerdo con las carpetas se podía constatar la participación activa del defensor en cada una de las audiencias propias de la fase de juicio, al punto que se le permitió el aplazamiento de la audiencia preparatoria con el fin de procurar el recaudo de elementos materiales probatorios para construir su táctica defensiva acudiendo para ello a los investigadores de la Defensoría del Pueblo.

Hizo ver que los aplazamientos de dicha vista fueron aceptados por el juez de conocimiento en aras de proteger el derecho de defensa, situación que estaba ligada al abandono del proceso por parte del actor y a la negligencia de atender los llamados de la administración de justicia.

Destacó el funcionario que aunque el defensor renunció a la práctica del testimonio decretado en la audiencia preparatoria, a la de juicio oral se llevaron otros medios de prueba aducidos por el ente acusador, los que fueron objeto de contradicción a través del contrainterrogatorio.

Frente a la poca solicitud probatoria que según el actor efectuó su defensor, precisó que para la obtención de la mayoría de las pruebas se requería la presencia del defendido, quien no asistió a las etapas posteriores a la imputación; además, del listado que consignó en la demanda de tutela no aparecía ninguna con la entidad suficiente «como para causar un esguince en la actuación y que hubiese sido tan categórica para cambiar la decisión, simplemente se centra en suposiciones y la forma como el nuevo apoderado hubiera manejado el arte de la defensa.»

Finalmente, destacó que las decisiones de primera y segunda instancia desarrollaron varios aspectos con base en las pruebas aportadas al proceso y con la suficiente valoración se

allegó a una determinación que no ostenta niveles de arbitrariedad.

Con base en lo anotado, solicitó se deniegue el amparo deprecado por no cumplir con los requisitos especiales que gobiernan la acción de tutela frente a providencias judiciales.

4.2. El apoderado de la víctima se opuso a las pretensiones del actor, pues a pesar de conocer de la investigación seguida en su contra, decidió abandonar el proceso y sólo cuando fue privado de la libertad pretende retomarlo alegando la violación de los derechos fundamentales. Frente al argumento de haber tenido que cambiar de residencia por situaciones económicas, expuso que eran circunstancias no documentadas y sin ningún sustento, cuando, además, nada le impedía utilizar los medios de comunicación existentes para hablar con su abogado o indagar por el proceso.

4.3. El defensor del procesado aquí accionante manifestó que desde el inicio de la investigación estuvo atento y presto a ejercer una adecuada defensa técnica de acuerdo con los medios defensivos suministrados por Ortiz Fandiño y de su propia actividad. Destacó que el citado asistió junto con su esposa hasta la audiencia de acusación, con quien posteriormente perdió contacto y por ello se vio obligado a aplazar algunas diligencias para procurar su participación, «...lo que se traduce que en forma voluntaria se sustrajo al deber de comparecer y actuar en las diferentes etapas procesales», sin que hubiese actualizado los datos personales que en principio suministró.

Concluyó que su actuación fue profesional, honesta y acorde con los medios que tuvo a su alcance, y en sede de juicio oral contrainterrogó a los testigos de la fiscalía, entre ellos a la víctima, presentó alegatos de conclusión, deprecó absolución para su defendido e interpuso recurso de apelación frente al fallo de primera instancia.

4.4. La Defensora de Familia del ICBF precisó que su actuación dentro del proceso se circunscribió a acompañar a la menor víctima en la declaración que rindió en Cámara Gesell, sin que hubiese observado compromiso de algún derecho fundamental de los intervinientes.

3. CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, toda vez que el reproche involucra una decisión adoptada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad para promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos 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, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Se tiene igualmente dicho que la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: genéricos y específicos, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada y contrariar su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

De manera que, si no existen motivos que impidan promover la acción, ésta procederá contra las decisiones judiciales en la medida que carezcan de fundamento objetivo y configuren una causal de procedibilidad, por el contrario, son improcedentes aquellas demandas en donde las consideraciones personales o subjetivas del accionante se anteponen a las argumentaciones del funcionario que las profiere, toda vez que esa circunstancia por sí misma no es razón suficiente para predicar la existencia de una

arbitrariedad.

4. El problema jurídico a que se contrae la presente demanda de amparo está dirigido a determinar si se socavaron los derechos de rango constitucional invocados por Dairo Fernando Ortiz Fandiño en la actuación penal que se adelantó en su contra y que culminó con sentencia condenatoria, respuesta que de entrada se ofrece adversa a sus intereses por las razones que pasan a verse:

4.1. Con base en la información que obra en el expediente se sabe que ante el Juzgado 60 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá se formuló imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, en contra de Ortiz Fandiño, cargo que no fue aceptado, razón por la cual la fiscalía radicó escrito de acusación materializándose esta en audiencia surtida el 14 de enero de 2015, acto al cual el citado compareció en compañía de su defensor, tal como éste lo manifestó en la respuesta otorgada y referida en el acápite posterior.

Cumplido el rito procesal pertinente, el 6 de julio de 2017 el juzgado de conocimiento dictó sentencia a través de la cual lo condenó a la pena de 213 meses de prisión, decisión que al ser apelada por el defensor, el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 14 de noviembre siguiente, la confirmó pero con la modificación de fijar la sanción en 144 meses.

4.2. Lo anterior indiscutiblemente descarta los reparos expuestos en la demanda, pues no obra explicación para que el enjuiciado se hubiese desatendido de la actuación, porque, tal como se refirió en precedencia y lo pusieron de presente los accionados y vinculados al trámite de tutela, éste tenía pleno conocimiento del proceso que se adelantaba en su contra, circunstancia que le imponía el deber de estar atento al trámite subsiguiente y del resultado del mismo, descuido que no puede ahora enmendar aduciendo la vulneración de los derechos fundamentales.

Aquí es importante indicar que no es lógico que una persona a sabiendas que se le adelanta

un proceso penal no adopte ninguna diligencia con miras a establecer el estado del mismo y proceder así a ejercer el derecho de defensa, cuando entiende que una de las decisiones a emitirse podía ser una sentencia condenatoria, como en efecto acaeció, demostrándose con ello total desinterés y descuido, por decir lo menos, pero ahora, cuando ya obra una determinación debidamente ejecutoriada busca la protección de los derechos fundamentales por un supuesto compromiso del derecho de defensa técnica, lo cual a todas luces se torna improcedente, pues, se insiste, contó con la posibilidad de intervenir al interior del proceso.

4.3. Deja entrever lo señalado que ante la no comparecencia del accionante, el proceso continuó el trámite como así tenía que ser, dado que no podía paralizarse, cuando, se insiste, era su deber estar al tanto del asunto; sin embargo optó por alejarse, inclusive de su defensor, quien, valga resaltarlo, perdió contacto luego de surtida la audiencia de acusación, lo cual en modo alguno puede desencadenar en compromiso de sus derechos de orden superior según se quiere hacer ver, cuando además, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución, uno de los deberes de los colombianos es precisamente colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

4.4. Entonces, que el sentenciado no hubiese concurrido a las diligencias para así proponer las irregularidades que en su sentir se habían presentado, no significa que se hubieran quebrantado sus derechos fundamentales, máxime cuando, según ya se vio, ello no se originó en las actuaciones de los funcionarios demandados, sino en su propio comportamiento renuente ante la justicia.

4.5. Tampoco persuade la alegada vulneración del derecho de defensa, pues tal como lo advierten las pruebas que obran en autos, el profesional que lo asistió a lo largo del proceso, adscrito a la Defensoría Pública, tuvo activa participación en cada una de las audiencias, quien buscó la colaboración de la Oficina de Investigación del citado organismo para la designación de un perito topógrafo y fotógrafo, procedimiento que si bien es cierto no se logró materializar por razones ajenas al defensor, ello de ninguna manera puede

enrostrarse como descuido o desatención en su función, cuando, además, hizo uso del conainterrogatorio respecto de los testigos de cargo y presentó los correspondientes alegatos de conclusión dirigidos precisamente a la absolución del acusado.

También es importante destacar que inconforme con la sentencia de primer grado, el defensor presentó recurso de apelación logrando en sede de segunda instancia la disminución considerable de la pena, pues de 213 meses que fijó el a quo, se tasó finalmente en 144 meses de prisión, hecho que sin duda alguna redundó en beneficio del condenado.

4.6. Finalmente, es importante señalar al quejoso que al momento de resolverse de fondo la alzada, necesariamente el ad quem tuvo que hacer revisión de la actuación y verificar el cumplimiento de todas las garantías de orden superior al interior de la actuación y de hallar alguna irregularidad le compélía adoptar aquella dirigida a enmendarla, pero como ello no acaeció ha de entenderse que el asunto culminó con apego a la normatividad vigente, razón más para concluir que a pesar de la inconformidad del petente, la intervención del juez de tutela se torna innecesaria.

5. Lo anterior es suficiente para despachar negativamente la acción de tutela.

* * * * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Negar la acción de tutela invocada por el apoderado de Dairo Fernando Ortiz Fandiño.

Segundo.- Notificar esta decisión en los términos consagrados en el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- De no ser impugnado este fallo ante la Sala de Casación Civil de la Corporación, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria