

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP10779 - 2019

Radicación N° 106094

Acta No. 203

Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Decide la Sala sobre la demanda de tutela presentada por la doctora PATRICIA MERCEDES FONSECA GONZÁLEZ, en condición de Fiscal 60 Seccional de la Dirección Especializada contra la Corrupción, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

DE LA ACCIÓN

1. En la Fiscalía 60 adscrita a la Dirección Especializada contra la Corrupción cursó la investigación número 110016000098201300333 contra el señor Hugo Marino León, por el delito de peculado por apropiación, entre otros.
2. El 6 de noviembre de 2016, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se formuló imputación al ciudadano Hugo Marino León como presunto autor de los delitos de peculado por apropiación agravado continuado en concurso heterogéneo

con prevaricato por omisión y celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, cargos que no aceptó.

3. El proceso fue asignado al Juzgado 33 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, para llevar a cabo la etapa de juzgamiento.

4. La audiencia de acusación se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2017. La preparatoria se extendió por varias sesiones. Los días 4 y 5 de octubre de 2018, fiscalía y defensa enunciaron y sustentaron los elementos probatorios que harían valer en el juicio oral y formularon las observaciones a los presentados por la contraparte. La fiscalía solicitó el rechazo de varios documentos, por no haber sido previamente descubiertos por la defensa.

5. El 20 de noviembre de 2018, el juzgado se pronunció sobre la solicitud probatoria de la fiscalía, y el 5 de abril del año en curso, hizo lo propio con la defensa. Admitió la solicitud de rechazo de los mencionados elementos presentada por el ente acusador.

6. El 26 de abril de 2019, el juzgado decidió el recurso de reposición interpuesto por la fiscalía contra el decreto de pruebas, y concedió los recursos de apelación interpuestos por ésta y el defensor.

7. El 10 de junio de 2019, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, modificó la decisión impugnada, en el sentido de no aplicar a la defensa la sanción de exclusión por no descubrimiento de los siguientes documentos:

“30. Oficio con radicado 2011 2050033683 dirigido al señor Orlando Melo Ruiz, coordinador del grupo de sociedades de la DNE.

31. Oficio con radicado del 12 de agosto de 2011, dirigido a Orlando Melo Ruiz, coordinador del grupo de sociedades de la DNE.

32. Oficio con radicado E-201148257 dirigido a Orlando Melo Ruiz donde se entrega el informe mensual de gestión correspondiente al mes de mayo de 2011.
33. Oficio con radicado 20142050721972 dirigido a Jorge Cáceres Duarte, gestor de la unidad de gestión de sociedades de la DNE.
34. Oficio con radicado E-201140108 dirigido a Orlando Melo Ruiz, donde se hace una entrega del informe mensual de gestión correspondiente al mes de abril de 2011.
35. Oficio con radicado E-201133616 dirigido a Orlando Melo Ruiz, donde se entrega el informe mensual de gestión correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2011.
36. Oficio con radicado E-2011-10355 dirigido a Orlando Melo Ruiz, donde se entrega el informe requerido por la subdirección de bienes de la DNE.
38. Oficio con radicado 6630 de la SAE del 20 de octubre de 2014, en donde se hace entrega a esa entidad del informe detallado de la gestión realizada frente a la entrega de la finca El Playón.
41. Oficio con radicado 20142050860472 del 18 de julio de 2014 en donde se remite la información documental de la Finca el Playón para advertir que se continúa entregando información permanente a la DNE.
42. Oficio con radicado 20142050767512 del 20 de junio de 2014, allí se continúa con la presentación de informes a la DNE.
43. Oficio con radicado 20142050755592 del 17 de junio de 2014, donde se entregan informes mensuales de gestión a la DNE.
44. Oficio con radicado 20142050726882 se presenta un informe pormenorizado del estado

del bien y se solicitan las peticiones para que se defina por parte de la DNE las directrices frente a la situación presentada por la finca El Playón.

45. Oficio con radicado 20142050713712 del 4 de junio de 2014 tiene que ver con la auditoría, frente a la cual se plantea el respectivo plan de acciones correctivas...

46. Oficio con radicado 20142050683432 del 26 de mayo de 2014 donde se presentan nuevamente informes a la DNE.

47. Oficio con radicado 20142050672572 del 22 de mayo de 2014 donde se mantiene informada a la junta de socios de la situación jurídica de cada uno de los bienes.

48. Oficio radicado 20142050540302 del 23 de abril de 2014 donde se mantiene informada a la DNE sobre la gestión de liquidación.

49. Oficio radicado No. CE-2016 001162 del 21 de enero de 2016 a la SAE y hace parte del informe en donde se incluyen las actas de entrega de la Sociedad al señor Jorge Luis Maya Villazón.

50. Acta de entrega de documentos información contable y financiera, jurídica y de bienes inmuebles administrados por Campagro Ltda. de Hugo Marino León a Jorge Luís Maya.

51. Acta final de entrega de documentos e información contable y financiera.

54. Acta de entrega del cargo de contador a la señora Liz Johana Ruiz Noguera, en donde no se advierte ningún tipo de irregularidad.

74. Comprobante de ingreso del mes de noviembre de 2012.

75. Comprobante de ingreso del mes de Diciembre de 2012.

76. Comprobante de ingreso del mes de Enero de 2013.
77. Comprobante de ingreso del mes de Febrero de 2013.
78. Comprobante de ingreso del mes de Marzo de 2013.
79. Comprobante de ingreso del mes de Abril de 2013.
80. Comprobante de ingreso del mes de Mayo de 2013.
81. Comprobante de ingreso del mes de Diciembre de 2014.
82. Comprobante de ingreso del mes de Enero de 2015.
83. Comprobante de ingreso del mes de Febrero de 2015.
84. Comprobante de ingreso del mes de Marzo de 2015.
85. Comprobante de ingreso del mes de Abril de 2015.
86. Comprobante de ingreso del mes de Mayo de 2015.
87. Comprobante de ingreso del mes de Junio de 2015.
88. Comprobantes de egreso de noviembre de 2012.
89. Comprobantes de egreso Diciembre de 2012.
90. Comprobantes de egreso Enero de 2013.
91. Comprobantes de egreso Febrero de 2013.
92. Comprobantes de egreso Marzo de 2013.

93. Comprobantes de egreso Abril de 2013.
94. Comprobantes de egreso Mayo de 2013.
95. Comprobantes de egreso Junio de 2013.
96. Comprobantes de egreso Diciembre de 2014 y de enero a julio de 2015.
97. Carpeta de contratos de todo tipo u órdenes de trabajo que haya realizado Campagro Ltda. Y Campagro Ltda. En liquidación.
98. Copia en medio magnético de la contabilidad que Campagro registraba en el software especializado que tenía contratado con una empresa externa, correspondiente al último trimestre de 2012 y hasta el primer semestre de 2013".
99. Copia en medio magnético de la contabilidad que Campagro registraba en el software especializado que tenía contratado con una empresa externa, correspondiente al último trimestre comprendido entre diciembre de 2014 y junio de 2015". 1

Advirtió el Tribunal que por lo menos 5 días antes de la iniciación de la sesión del juicio en que la defensa considerara que exhibiría dichos documentos, debería realizar su descubrimiento a la fiscalía.

8. Considera la accionante que la providencia anterior atenta contra el debido proceso de la Fiscalía, al configurar un defecto material o sustantivo. Ello, al permitirse el ingreso de unos elementos materiales probatorios, a pesar de haber sido rechazados por el A quo, por falta de descubrimiento.

9. Advirtió que la defensa acudió en 3 oportunidades ante el juez de garantías a solicitar una búsqueda selectiva en base de datos con el fin de obtener dichos documentos, sin embargo, su pretensión no fue acogida por la precariedad de su argumentación, pese a las

recomendaciones dadas por los funcionarios en cada una de dichas audiencias.

10. Sostuvo que el Tribunal se extralimitó, amén de lo expuesto, al prever el Código de Procedimiento Penal que solamente del informe base de opinión pericial se puede dar traslado dentro de los 5 días previos al inicio de la audiencia de juicio oral. Igualmente, la determinación aludida vulneró su derecho a la contradicción, por tratarse de elementos probatorios totalmente desconocidos respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a su admisión, inadmisión o rechazo, e incluso petitionar otros que podrían haber surgido de aquellos, de haber sido descubiertos oportunamente.

11. La decisión de la Sala de Casación Penal del 8 de octubre de 2014, emitida dentro del radicado 44452, traída a colación en la decisión cuestionada, no es aplicable a este caso dado que en este no existió mora en el descubrimiento probatorio. Por el contrario, los elementos cuestionados jamás se dieron a conocer, lo que afecta gravemente a la Fiscalía, al verse sorprendida durante el debate oral, conllevando una desproporción del principio de igualdad de partes, con grave perjuicio para los intereses del Estado y de las víctimas.

12. Con fundamento en lo expuesto, solicitó el amparo del derecho constitucional al debido proceso a favor de la Nación, representada en este caso por la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, se revoque la decisión del Tribunal y en su lugar se confirme la adoptada por el Juzgado 33 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que dispuso rechazar los medios de pruebas transcritos en precedencia.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento de la presente acción, se ordenó correr traslado de la misma a las autoridades judiciales accionadas y demás vinculados, en salvaguarda del ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción.

1. En respuesta, la Juez 33 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá,

doctora Carmen Aliria Gualteros Candela, informó que por reparto aleatorio correspondió a su despacho el conocimiento del proceso penal identificado con CUI

110016000098201300333, contra el ciudadano Hugo Marino León, por los delitos de peculado por apropiación continuado agravado por la cuantía, en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión y celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

El 5 de abril de este año, a petición de la fiscalía, rechazó los documentos relacionados con números 54, 51, 50, 49, 30 al 36, 38, 41 al 48, y 74 al 99, al no haberse descubierto en el transcurso de la audiencia preparatoria, decisión revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al considerar que la defensa había expuesto con suficiencia los motivos que le impidieron entregar esa documentación a la fiscalía, sin avizorarse desidia o mala fe en su actuar, sino posibles errores en la técnica de solicitud ante los jueces de garantías, advirtiéndole al defensor que por lo menos con 5 días de anticipación al juicio debía realizar el descubrimiento de los mismos, so pena de operar el rechazo.

En ese orden, la determinación tildada como transgresora de derechos fundamentales no se refirió a una acción u omisión de ese estrado judicial, razón por la cual solicitó que el mismo fuera desvinculado del presente trámite.

2. La titular del Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, doctora Ligia Aydee Lasso Bernal, señaló que el 26 de julio de 2018 su despacho recibió la carpeta radicada bajo el número 110016000098201300333 (NI 274256) para realizar audiencia preliminar reservada de búsqueda selectiva en base de datos solicitada por el defensor, a la cual no se le impartió legalidad. Providencia confirmada en segunda instancia por el Juzgado 7º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el 7 de septiembre de 2018.

Encuentra que los hechos objeto de la demanda no se relacionan con actuaciones procesales predicables de su despacho, razón por la cual pidió su desvinculación.

3. La Juez 71 de la misma especialidad con sede en esta capital, manifestó que el pasado 13 de julio de 2018, celebró audiencia preliminar de búsqueda selectiva en base de datos, a petición del defensor de Hugo Marino León en el proceso penal de la referencia. Solicitud que fue denegada por indebida sustentación.

4. La Juez 29 de Garantías vinculada, dio cuenta de la realización de una audiencia similar el pasado 1º de octubre de 2018, la cual fue negada por ausencia de los presupuestos legales, entre otros. Determinación confirmada por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el 17 de octubre de 2018.

5. El doctor Diego Andrés Suárez Moncada, defensor del señor Hugo Marino León en el proceso penal que le adelanta el Juzgado 33 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, observó que lo pretendido por la Fiscalía con la acción de tutela, es convertirla en una tercera instancia para reiterar su tesis encaminada a que los referidos documentos sean excluidos.

Recalcó que el principio de autonomía judicial permite al Ad quem, hacer el planteamiento que a bien tenga, siempre que se enmarque en la legalidad, como sucedió en este caso.

Insistió en que su desempeño siempre ha sido diligente y comprometido, y que el reconocimiento de una garantía constitucional por parte del Tribunal en nada afecta al ente persecutor, siendo en el debate oral y a través de la práctica probatoria en donde se determinará la responsabilidad penal de su representado.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la presente acción, al censurarse un fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) prevé la acción de tutela como un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. La jurisprudencia constitucional ha decantado que cuando se trata de providencias judiciales, la acción de tutela procede de manera excepcional, pues como regla general, la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales debe de ser planteada y debatida a través de los mecanismos previstos ordinarios por el Legislador.

Con relación al principio de subsidiariedad, identificó tres causales que conllevan a la improcedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial: “(i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”.²

4. Bajo ese contexto, esta Sala desde ya estima que el amparo invocado no está llamado a prosperar, por cuando la residualidad y subsidiariedad inherentes a su naturaleza, impiden que se utilice en procesos judiciales en curso, o para remplazar los mecanismos de defensa ordinarios o pretermitir competencias.

En efecto, la inconformidad de la demandante se origina en la decisión emitida por Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el 10 de junio de 2019³, de negar el rechazo por el no descubrimiento de los documentos antes relacionados, pretendidos de incorporar por la defensa en el juicio oral, dentro del proceso penal seguido contra Hugo Marino León, por los delitos de peculado por apropiación agravado continuado, prevaricato por omisión y celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales.

Sin embargo, el hecho de que el proceso penal no hubiese finalizado, le brinda la

oportunidad a la Fiscalía de acudir a las herramientas jurídicas diseñadas en el mismo para corregir, durante su trámite, las irregularidades procesales que puedan afectarle. En ese orden, puede debatir en el transcurso del juicio oral los cuestionamientos que le surjan frente a los documentos cuyo rechazo solicitó y/o pedir que los mismos no sean tenidos en cuenta en sus alegaciones o incluso, a través de los recursos establecidos en la ley, entre otras posibilidades.

De nuevo previene la Sala, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que no puede invocarse forma paralela o complementaria a los mecanismos ordinarios. Tampoco es un medio alternativo ni complementario, ni puede ser estimado como una instancia adicional o el último recurso judicial, pues ello implicaría desconocer la división de competencias y el principio de especialidad de la jurisdicción. Adicionalmente, la decisión del juez constitucional puede terminar imponiendo interpretaciones de carácter legal al funcionario encargado del proceso, en contravía de la autonomía y discrecionalidad inherentes a su cargo. Lo anterior, sin perder de vista que la actuación judicial es el escenario por excelencia instituido para la protección de los derechos fundamentales, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía del debido proceso, de acuerdo con el cual una persona solo puede ser procesada por el juez natural.

La excepción de aplicación de dicho requisito exige la demostración de un perjuicio irremediable, que en el caso particular no será analizado pues ni siquiera se enunció en la demanda. Además, lo que hasta ahora ha quedado en evidencia es que la defensa no ha podido obtener la documentación que pretende aportar como prueba.

Bajo tales precisiones, no es posible entrar a señalar si es procedente o no dejar sin efectos la decisión censurada, para en su lugar confirmar el rechazo de los elementos probatorios cuestionados, pues ello conllevaría a permitir que el juez constitucional se inmiscuya indebidamente en un asunto de competencia del juez natural, habida cuenta que los debates sobre descubrimiento deben ser resueltos por el juez de conocimiento, según lo

establecido en los artículos 344 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y los preceptos constitucionales y normas rectoras por ellos desarrollados.

En conclusión, como la demanda no tiene vocación de prosperidad, el amparo solicitado será denegado.

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

RESUELVE

1. Negar, por improcedente, el amparo solicitado por la doctora PATRICIA MERCEDES FONSECA GONZÁLEZ, en calidad de Fiscal 60 Seccional de la Dirección Especializada contra la Corrupción, de conformidad con la motivación que antecede.
2. Notificar a las partes según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Remitir copia de la presente decisión al proceso laboral objeto de censura.
4. De no ser impugnada la presente decisión, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Interlocutorio del 10 de Junio de 2019 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2 Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2017.

3 Fol. 11.