

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP122-2019

Radicación N° 102169

Acta 5

Bogotá D.C., quince (15) de enero de dos mil diecinueve (2019).

#### ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por VLADIMIR DURÁN GARZÓN, contra la sentencia de tutela de 20 de noviembre de 2018, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual negó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, dentro del proceso penal que se adelanta en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado.

#### ANTECEDENTES

Fueron sintetizados por el Tribunal A quo así:

De acuerdo al contenido de la demanda de tutela y las respuestas emitidas por las autoridades accionada (sic), interpreta el Tribunal que VLADIMIR DURÁN GARZÓN formula demanda de amparo, por cuanto en el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito con

Función de Conocimiento de Bogotá se sigue en su contra la actuación de la radicación número 110016000095 2006 00049 00 por el delito de concierto para delinquir agravado, en la cual, una vez se instaló la audiencia preparatoria, llevada a cabo en octubre 25 de 2018, la referida autoridad judicial impidió a su defensor de confianza postular una petición de nulidad, configurada, a su juicio, por la alteración del procedimiento legalmente establecido para la realización de las solicitudes probatorias<sup>1</sup>.

En consecuencia, solicita amparo para sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, ordenando con ello al Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que, permita a su defensor presentar y sustentar la solicitud de nulidad y emita un pronunciamiento de fondo respecto de la misma.

#### TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento de la acción de tutela, el Tribunal A quo corrió traslado de la demanda a las autoridades accionadas para que ejercieran el derecho de contradicción, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. La Juez Cuarenta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá puso de presente que, en efecto adelanta la actuación penal seguida contra el accionante por el punible de concierto para delinquir agravado, proceso en el cual se han garantizado los derechos del señor VLADIMIR DURÁN GARZÓN, al punto que siempre se ha permitido el ejercicio tanto de la defensa técnica como material.

En relación a la petición de nulidad presentada por su defensor en el audiencia preparatoria realizada el 19 de octubre de 2018, no accedió a la misma como quiera que, las partes fueron convocadas a dicha diligencia a efectos de que la defensa efectuara la respectiva solicitud probatoria y, sus argumentos dirigidos a sustentar la ineficacia de lo actuado alegada, podía hacerlos valer en la fase de exclusión, rechazo e inadmisión de los medios

probatorios deprecados por el ente acusador.

Razones anteriores por las cuales solicitó sea declarado improcedente el mecanismo de amparo deprecado.

2. El Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorios de Bogotá petitionó sea desvinculado del presente trámite tutelar, dado que ha cumplido las funciones administrativas a su cargo a fin de acatar lo que en su momento ordena el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad.

3. La Fiscal 26 del Grupo de Protección de la Propiedad Intelectual y las Telecomunicaciones de la Dirección Especializada contra Violaciones a los Derechos Humanos manifestó que, la determinación cuestionada por el actor en modo alguno constituye una vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, dada la improcedencia de la nulidad planteada por el defensor de VLADIMIR DURÁN GARZÓN.

Señaló que lo ocurrido en la audiencia preparatoria fue que en razón de la preclusión por prescripción de la acción penal que se decretó a favor del accionante y otros procesados en relación a los demás delitos por los que había sido acusado, excluyéndose el concierto para delinquir agravado, conllevó a que, en aras de garantizar el principio de economía procesal, se depurara las solicitudes probatorias ya efectuadas, pues las mismas hacían referencia a los demás implicados e ilícitos por los que se inició la investigación.

Así, precisó que lo pretendido por el accionante es seguir dilatando el proceso que cursa en su contra, a través de peticiones de nulidad del todo improcedentes, motivo que se torna suficiente para negar el amparo solicitado.

4. El defensor del ciudadano VLADIMIR DURÁN GARZÓN, coadyuvó la petición del prenombrado, pues ciertamente la funcionaria judicial accionada incurrió en una vía de hecho, al cercenarles su oportunidad y derecho de solicitar la nulidad de lo actuado dentro

del proceso penal censurado.

5. El Procurador Dos Judicial II Penal, afirmó que no evidencia ninguna vulneración a las garantías constitucionales que le asisten al actor en la actuación judicial cuestionada, por lo que la acción de tutela debe ser negada.

#### LA SENTENCIA IMPUGNADA

Fue proferida el 20 de noviembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negando el amparo invocado, al considerar que la decisión de la Juez demandada de no conceder la petición de nulidad elevada por el defensor de VLADIMIR DURÁN GARZÓN, resultó ajustada a derecho, además que no puede pretenderse que el juez constitucional se entrometa en un asunto encomendado al funcionario natural y, menos aún, cuando existiendo otros medios adecuados de defensa no se acudió a ellos, como lo era el de reposición, en caso de que se accediera a las pruebas solicitadas por la vista fiscal e, incluso, si el debate alude a un tema de exclusión probatoria, interponer contra lo resuelto los recursos ordinarios de reposición y apelación.

#### LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo, VLADIMIR DURÁN GARZÓN manifestó su voluntad de impugnarlo en razón a que los mecanismos de defensa judicial con los que cuenta y que fueron referidos en la sentencia de primer grado son del todo ineficaces, aunado a que, no se valoró el perjuicio irremediable que se le está causando con la determinación de la juez de conocimiento de no estudiar la nulidad planteada por la defensa técnica en el proceso que se surte en su contra.

#### CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 numeral 5º del Decreto 1069

de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia proferido el 20 de noviembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al ser su superior funcional.

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

3. En el asunto puesto a consideración de la Sala, el accionante solicita dejar sin validez la actuación adelantada en el proceso que se sigue en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado, desde la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018, al considerar que las formas propias del juicio han sido transgredidas, pues a pesar de que su defensor solicitó la palabra a efectos de postular una petición de nulidad, la Juez de conocimiento no lo permitió, al considerar que tal pretensión podía presentarla al momento de fundamentar las razones de exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba deprecados por la Fiscalía delegada.

4. Al respecto, es oportuno recordar que la acción de amparo de los derechos fundamentales, por principio general, es improcedente contra actuaciones y decisiones judiciales, pues solamente se ha permitido la excepcional intervención, ante la ausencia de medios de defensa para lograr la tutela de esas garantías, o cuando existiendo, y considerando el caso concreto, se tornan ineficaces para conseguir la real e inmediata protección, desde luego que frente a determinaciones o actuaciones judiciales que puedan catalogarse como vías de hecho, que con la evolución jurisprudencial, pasaron a

considerarse como causales genéricas y especiales de procedibilidad (CC. T-332/06).

5. De otra parte, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad que son predicables de la acción de protección constitucional, aparejan como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, tiene dicho que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, mientras el proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela<sup>2</sup>.

6. Descendiendo al caso en estudio, demostrado es que la actuación penal en la que se adoptó la decisión que hoy se cuestiona, aún no ha concluido, pues como lo precisó la Juez demandada, e incluso lo reconoce el tutelante, la actuación se encuentra a la espera de culminar la audiencia preparatoria, para posteriormente dar instalación al juicio oral, público y contradictorio.

Por tanto, será al interior de dicho proceso donde el actor deberá dirigir sus esfuerzos en confirmar las apreciaciones aquí consideradas, relacionadas con que se han transgredido sus derechos fundamentales al no accederse a la petición de nulidad planteada por su

apoderado, pues a través de la facultad que le otorga el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, podrá solicitar al juez la inadmisibilidad de los medios de prueba que a su juicio fueron solicitados de forma extemporánea por el ente acusador.

Aunado a lo anterior, el accionante cuenta con la oportunidad deprecar la reposición de la decisión del Juez de Conocimiento de admitir los elementos de convicción peticionados por la vista fiscal.

También, en caso de que las razones de su inconformidad frente a las solicitudes probatorias de la Fiscalía delegada versen sobre la ilicitud o ilegalidad de algún elemento de convicción, contra la decisión que admita dichos medios probatorios le asiste el derecho de interponer los recursos ordinarios (reposición y apelación), en orden a defender en forma eficaz las garantías que reclaman por este medio constitucional.

Así, lo señaló esta Corporación en CSJ, AP699-2018, 14 de febrero de 2018, radicado 51677, a saber<sup>3</sup>:

Tal argumento, reforzado por la distinción que se consigna en los numerales 4 y 5 del artículo 177 Ib., respecto del efecto en que ha de concederse el recurso vertical cuando se intenta contra el auto que niega la práctica de prueba o contra el que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, diferenciación que solo cobra sentido si se entiende que en ejercicio de la libertad de configuración, el legislador sólo previó la alzada como medio de impugnación del auto que impide la práctica de la prueba mediante su inadmisión o rechazo, salvo cuando el elemento de convicción adolezca de ilicitud, caso en el cual procede con independencia de si la decisión excluye o acepta el medio de prueba.

No obstante lo anterior, no es posible otorgarle al citado precedente el alcance que pretende el Ministerio Público pues, emerge evidente, lo hasta aquí expuesto se refiere exclusivamente al recurso de alzada que no al de reposición, el cual, conforme al tenor literal del artículo 176 del estatuto procesal, procede contra todas las decisiones, salvo la

sentencia.

Así las cosas, acudiendo a los mismos argumentos expuestos en el precedente cuya aplicación reclama el impugnante y por voluntad del legislador, contra el auto que decide sobre las solicitudes probatorias de las partes, bien ordenando su práctica o incorporación, bien desestimando la exclusión, rechazo o inadmisión invocada por la contraparte, resulta procedente el recurso de reposición, con independencia de que se proponga conjuntamente con el de apelación de manera subsidiaria.

7. En ese sentido, no podría el juez constitucional entrometerse en los asuntos que son propios del natural, cuando aún el accionante tiene la posibilidad de reclamar lo alegado ante el funcionario competente, pues de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

De allí que, no es posible entrar a señalar si es procedente o no dejar sin efectos la actuación censurada, para en su lugar disponer que se le permita al defensor de VLADIMIR DURÁN GARZÓN interponer y sustentar su petición de nulidad, pues el juez constitucional se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los funcionarios naturales, al interior del cual, como se indicara, existen otros medios de defensa aptos para garantizar la protección solicitada.

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que «la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.» (CC T-1343/01).

Entonces, al contar con otros medios de defensa judicial, al interior del asunto penal que se adelanta contra VLADIMIR DURÁN GARZÓN, por el delito de concierto para delinquir



agravado, la petición de amparo propuesta está destinada a fracasar por improcedente, ante la carencia del presupuesto de subsidiariedad.

8. Así, el actor no ha acudido a la vías legales para proponer la cuestión que pretende se analice por esta vía excepcional, los cuales se concretan en que, se está desconociendo el derecho al debido proceso, al brindarse a la Fiscalía delegada otra oportunidad para que presente nuevamente sus solicitudes probatorias, obviando ello sí, que dicha determinación de la Juez Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, obedeció a la preclusión de la investigación que se decretó respecto de todos los demás procesados y delitos por los que se procedía, a excepción del punible de concierto para delinquir por el que fue acusado VLADIMIR DURÁN GARZÓN.

En ese orden, la titular del despacho judicial accionado consideró razonable que no solo la vista fiscal, sino, también la defensa, depuraran sus peticiones probatorias, para que así sólo soliciten aquellos medios relacionados con el presunto actuar delictual del accionante.

Disposición que en efecto fue acatada por el ente acusador y, aún falta la defensa, oportunidad con la que cuenta, reitera la Sala, para exponer las razones por las cuales, los medios de convicción de cargo deben ser inadmitidos, ello, en el traslado del precitado artículo 356 del Código de Procedimiento Penal y, no a través de la figura de la ineficacia de los actos procesales.

De ahí que no se derive el agotamiento de los medios de defensa judiciales idóneos como presupuesto indispensable para la procedencia de la acción de tutela, como insistentemente lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional:

Recientemente, en la Sentencia C-590/05 se señaló como uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales “b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental

irremediable<sup>4</sup>.

De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Esta regla también se aplica cuando lo que se cuestiona es una providencia judicial de tipo penal.

Así las cosas, se exige el agotamiento de las instancias y recursos extraordinarios dentro del proceso penal para la procedencia de la tutela. Lo anterior, puesto que la Corte ha encontrado, prima facie, que tales mecanismos son idóneos para la garantía del debido proceso.<sup>5</sup> (Subrayas y negrillas fuera del original).

9. Finalmente, el accionante no señaló y, mucho menos demostró, una sola razón para la procedencia excepcional de la tutela como mecanismo transitorio, es decir, no evidenció que de negársele el amparo reclamado recibirían un perjuicio irremediable; pues precisamente será al interior del proceso, el que por cierto se ha adelantado conforme a los parámetros legales y constitucionales establecidos, donde deberá demostrar que los elementos de prueba peticionados por la Fiscalía, al atentar contra garantías fundamentales deben ser excluidos de la actuación.

10. Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que, en el presente caso no es posible acceder a la petición de amparo, por lo que se impartirá confirmación del fallo impugnado.

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

## RESUELVE

1. Confirmar la sentencia impugnada, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. Remitir copia de la presente decisión al proceso penal censurado.
3. Notificar a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. Enviar las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

## CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1        Importante        es precisar que en la demanda de tutela no se precisa el momento procesal donde se generó la causa configurativa de la        nulidad. Aspecto que vino a dilucidarse al conocerse las respuestas        emitidas por las autoridades vinculadas al trámite.

2 Cfr. 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, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

3 CSJ AP699-2018, 14 feb. 2018, rad. 51677.

4 Sentencia T-504/00.

5 Sentencia T-212 de 2006.