

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP6516-2019

Radicación N° 104618

Acta No. 122

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

#### ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por DIEGO PARDO CUÉLLAR a través de apoderado, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, a quienes acusa de haber vulnerado su derecho fundamental de defensa, dentro del asunto penal que se adelanta en su contra por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, bajo el radicado 110016500021-2015-01348-01, en actuación que vinculó a las partes e intervinientes del citado diligenciamiento.

#### PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El apoderado de DIEGO PARDO CUÉLLAR refiere que, en el proceso penal que se adelanta en su contra, las autoridades accionadas incurrieron en una vía de hecho, en el curso de la audiencia preparatoria, al negar en primera y segunda instancia, como pruebas directas de la defensa, tres testimonios de peritos que fueron decretados al ente acusador, pues se desconoció el precedente vertical que al respecto se ha establecido (CSJ, 7 mar. 2018, rad.

51882).

## ANTECEDENTES PROCESALES

El 13 de mayo de 2019, se avocó el conocimiento de esta actuación y se vinculó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad y a las partes e intervinientes del proceso seguido contra el accionante bajo el radicado 110016500021-2015-01348-01, quienes fueron debidamente notificados.

## RESULTADOS PROBATORIOS

1. La Fiscalía 230 Seccional de Bogotá informó que, en la actuación seguida contra el aquí demandante solo actuó desde la fase de indagación hasta la presentación del escrito de acusación, siendo asignado dicho asunto a la Fiscalía 196 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, representante del ente acusador a la cual se le corrió traslado de la demanda de tutela.
2. La Procuradora Judicial I Penal 242 solicitó negar el amparo deprecado, ya que no se ha vulnerado ninguna de las garantías constitucionales que le asisten al actor, pues la defensa en la audiencia preparatoria surtida en el proceso seguido en contra del mismo, no cumplió con el requisito de exponer argumentos adicionales para que el juez de conocimiento decretara de manera directa, los testimonios que ya habían sido solicitados por el ente acusador, lo que conllevó a que se decidiera su agotamiento en la práctica del contrainterrogatorio.
3. El apoderado de la víctima dentro del proceso penal objeto de censura señaló que, el mecanismo de amparo no es procedente, ya que se está empleando para como tercera instancia respecto de las decisiones censuradas.

4. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá informó que, mediante auto de 14 de noviembre de 2018, confirmó el proveído en virtud del cual, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, negó la nulidad y la práctica de algunas pruebas testimoniales solicitadas por la defensa del accionante.

5. Las demás autoridades accionadas y vinculados guardaron silencio sobre el particular.

## 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 demanda de tutela instaurada por el apoderado de DIEGO PARDO CUÉLLAR, al comprometer presuntas irregularidades de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de quien es su superior funcional.

2. La Sala, a fin de resolver el problema jurídico plantado en el caso concreto, esto es, determinar si procede la acción de tutela contra las decisiones que en primera y segunda instancia, en el proceso seguido contra el accionante, negaron como pruebas directas de la defensa, tres testimonios de peritos que fueron decretados al ente acusador, pues en criterio del apoderado del actor, se desconoció el precedente vertical que al respecto se ha establecido esta Corporación (CSJ, 7 mar. 2018, rad. 51882); atenderá la línea jurisprudencial que al respecto ha establecido la Corte Constitucional.

Justamente, es necesario acotar que la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la parte accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la doctrina constitucional, la acción de

tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados 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.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales de la parte accionante.
- e. Que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta».

Con relación a las exigencias específicas, la sentencia C-590 de 2005, indicó que debe configurarse:

b. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, [que se puede estructurar a partir de dos formas: (i) la absoluta, que se presenta en los eventos donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes; y (ii) por exceso ritual manifiesto, el cual se manifiesta cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, en tanto le impide a

las personas el acceso a la administración de justicia y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial.<sup>1]</sup>.

b. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

b. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>2</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

b. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

b. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

b. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el

juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [3].

b. Violación directa de la Constitución. [Como fue desarrollado en la sentencia de SU-198 de 2013, esta se configura (i) cuando el juez resuelve dejando de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, -«(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución»-; o (ii) aplica la ley al margen de las disposiciones constitucionales].

Así las cosas, cuando a través de la acción de tutela se busca cuestionar una decisión judicial, la misma tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente enunciados, por lo tanto el accionante tiene la carga de demostrar lo planteado en el libelo.

3. De otra parte, ha explicado la Sala<sup>4</sup> 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 además 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>5</sup>.

4. Descendiendo al caso en estudio, demostrado es que la actuación penal en la que se adoptaron las decisiones que hoy se cuestionan, aún no ha concluido, pues la misma se encuentra a la espera de la instalación del 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, de manera específica que se le han transgredido sus derechos fundamentales al no decretarse como pruebas comunes tres testimonios directos de la vista fiscal, a efectos de controvertir los medios de convicción presentados por el ente acusador, ya sea a través del interrogatorio o contrainterrogatorio a los testigos, en los alegatos, e incluso, podrán interponer los recursos ordinarios en el supuesto de que resulten desfavorables las providencias judiciales que decidan el asunto y, en últimas, pueden acudir al recurso extraordinario de casación de considerarlo necesario, en orden a defender en forma eficaz las garantías que reclaman por este medio constitucional.

En ese sentido, no podría el juez constitucional entrometerse en los asuntos que son propios del natural, pues de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

5. De allí que, no es posible entrar a señalar si es procedente o no dejar sin efectos las decisiones censuradas, para en su lugar decretar la práctica de dichos testimonios, 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 DIEGO PARDO CUÉLLAR por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, la petición de amparo propuesta está destinada a fracasar por improcedente, ante la carencia del presupuesto de subsidiariedad.

6. De otra parte, permitir que el juez de tutela verifique la juridicidad de los trámites, o de los supuestos desaciertos en la interpretación de las normas jurídicas o de las pruebas por los funcionarios de instancia, no sólo desconocería los principios que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural, y las formas propias del juicio contenidos en el artículo 29 Superior<sup>6</sup>.

7. Y es que, aunque el apoderado del demandante sostiene que en las decisiones objeto de reproche, se desconoció el precedente jurisprudencial que se ha establecido respecto del decreto de pruebas comunes (CSJ, 7 mar. 2018, rad. 51882), lo cierto es que, el tutelante pretende que se estudie de fondo los argumentos que en su momento expuso ante el juez de conocimiento para sustentar su petición probatoria, lo cual, reitera la Sala, no es procedente, pues está empleando la acción de tutela como una tercera instancia, situación

que desde cualquier punto de vista no es dable, dado que está desconociendo su carácter subsidiario y residual.

Además, aunque esta Corporación, en reciente decisión, respecto de la solicitud de pruebas comunes (testimonial), sostuvo que<sup>7</sup>:

La Sala ha definido la posibilidad de que una parte pueda solicitar las pruebas pedidas por su antagonista, bajo la condición de que justifique su pertinencia a la luz de su propia teoría del caso.

Sobre dicho tópico ha precisado que:

3.4. La Sala no encuentra argumento válido para negar el interrogatorio directo a las partes en la práctica de una prueba común si no es porque existan motivos de rechazo, exclusión, inadmisibilidad, impertinencia, inutilidad o porque se trata de situaciones repetitivas, de hechos notorios o que no requieren prueba (estipulaciones).

Por tanto, ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para un mismo testigo si se refiere a los hechos que dieron origen al proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión o no representa un escaso valor probatorio o si no tiene por objeto hacer planteamientos sugestivos, capciosos, en fin si no corresponde a una conducta injustificadamente dilatoria.<sup>8</sup>

En el caso concreto, y atendiendo la línea jurisprudencial precitada, encuentra la Sala que las razones por las cuales el Juzgado y Tribunal accionados, en primera y segunda instancia, negaron los tres testimonios comunes deprecados por la defensa, no se fundamentan en el hecho de que los mismos hayan sido solicitados como pruebas directas por el ente acusador,

sino en que, el apoderado del procesado DIEGO PARDO CUÉLLAR no atendió la carga argumental requerida, en el momento procesalmente indicado y no expuso el fundamento de su pretensión para interrogar directamente a Eliana Velásquez, Ángela Patricia Murcia Ballesteros y Andrea Guerrero Zapata, tornándose el propósito de aquél impertinente, innecesario e inútil.

Al respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, señaló:

“Del análisis de la argumentación precedente y de la sustentación de la apelación, la Sala infiere que el defensor no cumplió con la carga de exponer con claridad lo que pretende demostrar con esos testigos directos de la Fiscalía, simplemente se limitó a mencionar en calidad de qué acudirán al juicio (peritos, madres de la víctima y denunciante), que desconoce el interrogatorio que les hará la Fiscalía y se cuestionó qué pasaría si el ente investigador renunciara a la práctica de dicho testimonios.

Por consiguiente, la negativa se confirmará ya que la defensa tendrá la posibilidad de realizar las preguntas que estime procedentes durante el contrainterrogatorio, una vez la Fiscalía agote el interrogatorio directo, el cual por obvias razones, deberá tener relación con los hechos materia de juzgamiento, con la labor de cada uno de ellos en la investigación y para el caso de la progenitora de la menor, su percepción directa sobre los acontecimientos por ellos denunciados”.

Bajo este entendido, no se evidencia que las decisiones censuradas hayan desconocido la reciente jurisprudencia que respecto de la procedencia de las pruebas comunes ha establecido esta Corporación.

8. Finalmente, el abogado del 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 recibiría el aquí demandante 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 que no fueron decretados, afectaron su garantía de defensa y contradicción.

9. Acorde con lo anterior, al no observarse ninguna vulneración de garantías fundamentales, la demanda de amparo no tiene vocación de prosperidad, por lo que el amparo solicitado será denegado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de 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

1. Negar el amparo de tutela presentado a favor de DIEGO PARDO CUÉLLAR, por las razones expuestas en precedencia.
2. Remitir copia de la presente decisión al proceso penal objeto de censura.
3. Notificar este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. Enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo, en caso de no ser impugnado.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Corte Constitucional, SU-355 de 2017.
- 2 Corte Constitucional, sentencia T-522 de 2001.
- 3 Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.
- 4 Ver entre otras, STP5211-2019, 30 abr. 2019, rad. 103862, STP5068-2019, 23 abr. 2019, rad. 104070 y STP5103-2019, 23 abr. 2019, rad. 104094.
- 5 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.
- 6 CC ST 336/2002.
- 7 CSJ. 30 abr. 2019. AP1535-2019, rad. 55052.
- 8 CSJ SP, 25 feb. 2015, rad. 45011.