

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP1939 – 2020

Radicación N° 109090

Acta N° 43

Bogotá D. C., veinticinco (25) de febrero dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la impugnación presentada por el Fiscal 41 Seccional (E) de Mocoa, Diego Alejandro Benavides García, contra el fallo proferido el 16 de enero de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, Sala Única, que amparó los derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso de EDGARD HAROLD FAJARDO MOSQUERA.

ANTECEDENTES

Afirma el accionante que en la Fiscalía 41 Seccional de Mocoa cursan 2 indagaciones en su contra, radicadas bajo los N° 860016099053201700413 y 8600160990532016000636.

En la primera de ellas, el 15 de noviembre de 2019, el Juzgado 1º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Mocoa, convocó a la realización de las audiencias preliminares, siendo posteriormente reprogramadas para los días 12 y 13 de diciembre.

En la segunda, el Juzgado 2º Penal Municipal de Mocoa las programó para el 25 de noviembre de 2019, fecha en que tampoco se llevaron a cabo.

Refirió que elevó peticiones en ambas actuaciones, encaminadas a obtener información y acceso a copia de las denuncias y demás elementos probatorios, siendo negadas bajo el argumento de que tales asuntos se encontraban en etapa de indagación. Proceder que considera vulneratorio de las garantías superiores en mención, al imposibilitarle ejercer su derecho de defensa en debida forma.

Por consiguiente, solicitó la protección de tales garantías, consecuentemente se ordenara a la Fiscalía accionada permitirle acceder a los referidos elementos de prueba.

En el transcurso de este trámite el actor precisó que la petición de amparo versaba exclusivamente sobre la indagación radicada bajo el N° 860016099053201700413, la cual se encontraba pendiente para llevar a cabo las audiencias preliminares de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, el 30 de enero de 2020, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Mocoa, lo que aún le da la posibilidad de enterarse de los hechos que motivaron la denuncia y elementos probatorios que sustentan la noticia criminal, situación que no ocurre con la actuación N° 8600160990532016000636, en la que tales actos procesales ya se evacuaron.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

El 12 de diciembre de 2019, la Sala Única del Tribunal Superior de Mocoa avocó el conocimiento de la presente acción y dispuso lo pertinente para la debida integración del contradictorio y el cumplimiento del principio de publicidad.

1. El Juez 2º Penal Municipal de Mocoa, Leonel Díaz Mora, informó que el 5 de noviembre de 2019, le correspondió tramitar las solicitudes de audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, dentro de la actuación radicada bajo el CUI N° 8600160990532016000636, adelantada contra el actor y otros. Las diligencias se programaron para el 25 de ese mes, fecha en que no se llevaron a cabo por solicitud de aplazamiento de uno de los defensores.

2. El titular de la Fiscalía 41 Seccional adscrita a la Dirección Seccional de Putumayo, Diego Alejandro Benavides García, manifestó que las actuaciones respecto de las cuales el actor solicita el acceso a los elementos materiales probatorios no se encuentran en etapa de indagación sino de investigación formal, por lo que aquellas tienen el carácter de reservadas.

Por tanto, el camino para tener acceso a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas con que cuenta la fiscalía, no es otro distinto al señalado en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, esto es, la audiencia de acusación. Agotada ésta y cumplido el descubrimiento probatorio, los sujetos procesales podrán obtener copias de las piezas procesales que consideren de su interés.

Llamó la atención acerca de que el 16 de diciembre de 2019, en horas de la mañana, se celebraron las audiencias preliminares de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, en el Juzgado 2º Penal Municipal de Mocoa, mismas que se desarrollaron con la presencia del accionante y su apoderado, a quienes se les dio traslado de los elementos materiales probatorios y evidencias que soportaban las peticiones del ente fiscal.

Advirtió que las investigaciones que adelanta contra el actor tienen su génesis en hallazgos de connotación penal remitidos por la Contraloría General de la República, por ende, no se puede afirmar que la defensa de FAJARDO MOSQUERA se encuentra en desventaja frente a la investigación que cursa en la fiscalía, pues aunque se trata de procesos diferentes, las pruebas recolectadas en el primero son en su mayoría las mismas del proceso penal, lo que posibilita al citado solicitarlas ante el citado ente de control.

Por tales razones, considera que la actuación de su despacho no conculcó ninguno de los derechos fundamentales invocados. Tampoco se acreditó la concurrencia de un perjuicio irremediable que torne viable el amparo de manera transitoria.

3. La Directora del Centro de Servicios Judiciales de Mocoa, Alina Elizabeth Caicedo Narváez, remitió copia de la actuación adelantada contra el actor bajo la radicación N° 860016099053201700413, por el delito de peculado por apropiación. Informó, además, que el 16 de diciembre de 2019 la Fiscalía 41 Seccional presentó solicitud de audiencias preliminares de formulación de imputación y medida de aseguramiento, las que por reparto fueron asignadas al Juzgado 2º Penal Municipal de ese municipio.

Por ende, subsisten los motivos para que sus derechos fundamentales sean protegidos, a diferencia de lo acaecido en la actuación radicada bajo el CUI N° 8600160990532016000636, en la que tales actos procesales ya se surtieron.

FALLO IMPUGNADO

En sentencia del 16 de enero del año en curso, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa tuteló al accionante los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Concluyó, a partir de la sentencia constitucional C-559 del 20 de noviembre de 2019, que la reserva de la actuación penal consagrada en el artículo 212 B de la Ley 906 de 2004 hacía referencia a investigaciones adelantadas contra grupos delictivos y armados organizados, no a ordinarias como las seguidas a FAJARDO MOSQUERA por el delito de peculado por apropiación.

Particularmente, con referencia a la actuación N° 860016099053201700413, sostuvo que las audiencias preliminares de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento estaban programadas para el 30 de enero de este año, por ende, el accionante no había podido tener acceso a los elementos materiales probatorios que allí reposan.

Lo expuesto, sumado a que la conducta investigada no se encuentra dentro de las excepciones previstas por la Corte Constitucional para el suministro de dicha información, hizo que esa Sala acogiera las pretensiones del accionante, con la salvedad de que dicha

entrega no debía afectar la indagación o la investigación penal adelantada en su contra.

El 21 de enero de 2020 se aclaró el fallo en el sentido que la entrega de elementos probatorios quedaba a discrecionalidad del Fiscal 41 Seccional, con esta precisión:

“...se debe hacer entrega de todos los elementos materiales de prueba y evidencia física que no puedan ser modificados y solo se abstendrá de entregar los elementos de prueba que estén en camino de perfeccionarse, como los mencionados en el inciso anterior”.

LA IMPUGNACIÓN

Diego Alejandro Benavides García, Fiscal 41 Seccional de Mocoa, apeló el fallo al estimarlo anfibológico, pues por un lado le ordena efectuar el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y, por otro, restringe dicha entrega a que la misma no deba afectar la indagación o investigación.

Aclaró que si negó la petición de elementos probatorios formulada por el actor es porque considera que la misma puede afectar la indagación y a su vez la investigación penal que se sigue en su contra, de ahí que la misma deba surtir en la etapa procesal pertinente, en acatamiento a las normas procesales, las cuales son de orden público y cumplimiento obligatorio. No debe convertirse en un descubrimiento probatorio anticipado como pretende el actor, máxime cuando no se demostró el perjuicio irremediable que habilita la acción de tutela como mecanismo transitorio. A la par, en el fallo se le impuso la tarea de calificar las piezas probatorias que debían darse a conocer el accionante, cuando, a su juicio, la solicitud no era viable por comprometer el éxito de la investigación, atendiendo el estadio procesal en que se encontraba.

Indicó que ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 y en la Directiva 0002 de 10 de enero de 2019 expedida por la Fiscalía General de la Nación, respecto de abstenerse de realizar un descubrimiento probatorio anticipado, sin que ello conlleve la

vulneración del derecho de petición del actor por no acceder a lo solicitado.

En su sentir, aunque el artículo 212B de la Ley 906 de 2004 hace referencia a la reserva legal en materia de investigación donde operan organizaciones criminales, la misma debe extenderse a delitos contra la administración pública por su gran impacto social, máxime en la etapa en la que se encuentra la investigación adelantada contra el actor.

Aludió a que la Ley 1735 de 2015, impone obligaciones a los servidores públicos o particulares a quienes se dirigen las peticiones. Así mismo, enfatizó en que la respuesta de un derecho de petición en el marco del proceso penal habrá de regirse por las normas propias de cada juicio. En el evento que la solicitud provenga de un sujeto procesal con el fin de hacer efectivas sus garantías constitucionales, estas deben ser examinadas minuciosamente, al tener un vínculo estrecho con el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

También hizo énfasis en que la Fiscalía, como titular de la acción penal, es quien puede dar acceso o no a las investigaciones, sin que el juez de tutela pueda entrometerse en los asuntos de su competencia, máxime cuando el sistema penal acusatorio brinda a las personas investigadas o procesadas mecanismos propios para preservar sus derechos.

De esa manera, concluyó que el fallo atacado se funda en consideraciones inexactas e incurre en error esencial de derecho respecto del ejercicio de la acción de tutela, por errónea interpretación de la misma, al amparar derechos constitucionales no vulnerados y ordenar un descubrimiento probatorio anticipado, decisión a todas luces desatinada pues no se demostró el perjuicio irremediable ni que los mecanismos ordinarios resultaban insuficientes para hacer cesar la presunta vulneración iusfundamental.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para

pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que la acción de tutela es 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. El problema jurídico planteado radica en establecer si la negativa de la fiscalía accionada a suministrar copia de la denuncia y de los elementos materiales probatorios recaudados en la actuación N° 860016099053201700413 adelantada en su contra, vulneró sus garantías fundamentales.

4. La Sala revocará parcialmente el fallo por las siguientes razones:

En primer término, se reitera, la denuncia penal no es un elemento material probatorio ni una evidencia física, al no estar consagrada como tal en el Título II, Capítulo Único, del Libro II de la Ley 906 de 2004. Se trata de un acto procesal de carácter informativo para el sujeto pasivo del presunto delito, al contener los fundamentos facticos que dieron origen a una noticia criminal. Al respecto esta Sala ha señalado:

«Si bien es cierto, la noticia criminis está robustecida de varias formalidades (canon 69 ibídem), también lo es que posee una característica eminentemente informativa, la cual conduce, eventualmente, a poner en marcha la función jurisdiccional del Estado.

Por ende, puede concluirse, desde ya, que la misma, en principio, frente a la situación fáctica que condensa, no está sujeta a reserva, pues nadie más interesado que la persona involucrada en las pesquisas en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan, en virtud de la necesaria participación del indiciado dentro de las

diligencias penales.

En ese sentido, esta Corporación, en pronunciamiento CSJ SP3657-2016, del 16 de marzo de 2016, radicado 46589, manifestó que, por motivos de lealtad, igualdad de armas y garantía del derecho de defensa, el órgano de persecución penal está en el deber de informar al indiciado, que ha sido individualizado, sobre el adelantamiento de ese asunto preprocesal, - sin que ello se extienda a la comunicación de las labores investigativas que la Fiscalía pretende realizar, por razones obvias de eficacia garantizadas en gran medida por el factor sorpresa que las caracteriza-, circunstancia que se presenta en este asunto, en atención a que el accionante tuvo conocimiento acerca de la existencia de la indagación preliminar en su contra y el fiscal accionado no desmintió dicha situación¹» (Subrayado fuera de texto).

A su turno, la Corte Constitucional, ha indicado que la denuncia penal «es una manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, siendo plausible entenderla, entonces, como “un acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal en cuanto vincula al titular de la acción penal -la Fiscalía- a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible”²».

Por lo tanto, es indiscutible que la denuncia no es un elemento material probatorio que pueda ser objeto de reserva por parte de la Fiscalía y, en esa medida, le debe ser entregada al actor.

5. En relación con la negativa de la fiscalía accionada a entregar al accionante los elementos materiales probatorios que reposan en la indagación N° 860016099053201700413, adelantada en su contra, esta Sala discrepa de lo decidido por el a quo al no avizorar vulneración en dicho actuar.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación en varias oportunidades ha precisado que tal determinación no resulta contraria al ordenamiento jurídico ni trasgresora de derechos

constitucionales, pues se ajusta a la naturaleza del sistema penal acusatorio implementado por la Ley 906 de 2004.³

Particularmente, en sentencia CSJ STP del 12 de diciembre de 2006, rad. 28584, puntualizó:

“Debe sí precisarse que, como ya lo expuso por vía de tutela la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la posibilidad de acceder a las copias de los registros de los actos investigativos está restringida para el sujeto pasivo de la acción penal y su defensor, pues la Ley 906 de 2004 “garantiza la confidencialidad de la actuación de la fiscalía, en cuanto sólo la obliga a descubrir su arsenal probatorio en desarrollo de la audiencia de formulación de la acusación, salvo en el caso del artículo 306, es decir, cuando solicita la imposición de medida de aseguramiento, pues en ese evento deberá dar a conocer los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida en los cuales se sustenta la petición, para permitir la controversia pertinente”

Posteriormente, en fallo CSJ STP del 17 de mayo de 2011, rad. 54916, sostuvo:

“Parámetros que descartan la violación denunciada en la demanda tutelar, al advertirse como válida la negativa a expedir o permitir las copias pretendidas, pues ello implicaría el descubrimiento anticipado de los elementos con los que cuenta el ente investigador, guardando así coherencia la medida adoptada con el sistema con tendencia acusatoria implementado; y, sin que esto signifique que en los términos referidos por la Corte Constitucional puede ejercer la actora su derecho a la defensa e incluso, reclamar su protección ante el Juez de control de Garantías de resultar necesario”.

Y más recientemente, en la providencia STP3161 de 2019, reiteró el criterio en estos términos:

“Pues bien, ninguna vulneración de los derechos del demandante se avizora en punto de la

negativa del ente acusador de entregarle copia de los elementos de convicción que recaudó, básicamente, porque se trata en verdad, del descubrimiento probatorio que ha de hacerse en la audiencia de formulación de acusación como lo ordena el art. 344 de la Ley 906 de 2004”.

Por consiguiente, ninguna vulneración de derechos se aprecia en punto de la negativa del ente acusador a entregar al accionante los referidos elementos probatorios, amén de lo considerado, porque lo pretendido por éste, en últimas, es anticipar el descubrimiento probatorio, el que por disposición del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, debe iniciarse en la audiencia de formulación de acusación.

Lo anterior, dará lugar a revocar la decisión de primera instancia en este aspecto, confirmándose en lo relativo a la entrega de la denuncia que dio lugar a la indagación N° 860016099053201700413.

6. Dicho esto, es del caso aclarar que esta Sala no comparte integralmente la interpretación que el tribunal hizo de la sentencia C-599/19 de la Corte Constitucional, pues considera que debe tenerse en cuenta que la guardiana de la supremacía e integridad de la [Constitución Política](#) declaró la exequibilidad condicionada del artículo 22 de la Ley 1098 de 2018, que adicionó al Código de Procedimiento Penal el artículo 212 B, entendiendo que dicha norma establece una reserva absoluta en ciertas indagaciones, tanto para víctimas como para indagados, al punto que no podían tener acceso a la misma y concluyó que tal restricción únicamente se justifica “(...) en los casos en que se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados a los que se refiere la Ley 1908 de 2018”.

Sin embargo, lo anterior no implica que en los demás casos no exista reserva, sino que esta no es absoluta, y la misma Corte la caracterizó así:

(...) aunque se deba informar al indiciado sobre el inicio de la indagación, no es obligación

de la Fiscalía General de la Nación revelar el resultado de sus averiguaciones hasta tanto encuentre elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir la existencia de la conducta punible y del compromiso de autoría o participación. De igual forma, tampoco podrá exigirse a la defensa revelar a la Fiscalía los resultados de su actividad de averiguación, tal como lo faculta la ley a quien no tiene aún la calidad de imputado. Estos elementos serán descubiertos en la etapa procesal correspondiente, con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la defensa y contradicción. (CC. C-559/19).

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. Revocar parcialmente el fallo recurrido, en lo concerniente a la entrega de los elementos materiales probatorios que obran en la indagación N° 860016099053201700413, y confirmarlo en lo relacionado a la entrega de la copia de la denuncia.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Remitir copia de este fallo a la actuación de la referencia.
4. Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 STP3038-2018.

2 Sentencia C-470 de 2016 y C-1177 de 2005.

3 Cf. Sentencias CSJ STP del 29 de marzo de 2012, rad. 59477, 17 de mayo de 2012, rad. 60010, 27 de febrero de 2014, rad. 71996, 20 de marzo del mismo año, rad. 72463 y 8 de marzo de 2016, Rad. 84281, entre otros.