

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP2815-2020

Radicación No. 108827

Acta No. 059

Bogotá, D.C., marzo diez (10) de dos mil veinte (2020).

V I S T O S

Resuelve la Sala la acción de tutela interpuesta por OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Juzgado 7º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica.

Al trámite fueron vinculados la Fiscalía 27 Seccional de Bucaramanga y todas las partes e intervinientes dentro de la actuación penal con radicado 68001600882820130125700.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Para lo que compete resolver en el presente asunto, del escrito de tutela y documentos aportados al plenario la Sala destaca los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

i. Que en el año 2013 OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO instauró denuncia penal en contra de los directivos del Banco Davivienda, por la presunta comisión de los delitos de fraude procesal y falso testimonio, noticia criminal que fue asignada a la Fiscalía 27 Seccional de Bucaramanga.

ii. Que esa delegada fiscal radicó solicitud de audiencia de preclusión el 20 de mayo de 2017, la cual correspondió por reparto al Juzgado 7º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad, despacho judicial que el 13 de diciembre de 2017 accedió al pedimento de la fiscalía, sin tener en cuenta que el aquí demandante no pudo asistir por fuerza mayor.

iii. Que bajo esas circunstancias, el 1º de agosto de 2018 solicitó al Juez 7º accionado que decretara la nulidad de la decisión, pero al no obtener pronunciamiento alguno, el actor promovió acción de tutela, la cual fue fallada el 12 de diciembre siguiente por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, otorgando el amparo deprecado respecto de su derecho de postulación y ordenando al Juzgado 7º resolver de fondo su petición.

iv. Que a través de auto del 8 de agosto de 2019 ese despacho negó la solicitud de nulidad de la preclusión decretada al interior de la investigación penal con radicado 68001600882820130125700. Al ser objeto de alzada, dicha decisión fue confirmada el 1º de octubre siguiente por la Sala Penal del Tribunal accionado.

v. Que en concepto de la parte actora, las autoridades judiciales demandadas conculcaron su derecho al debido proceso al realizar la audiencia de preclusión y decretarla, dejando de lado que no asistió y que su comparecencia era necesaria por ser un interviniente especial con capacidad para oponerse a la petición de la fiscalía. Sostuvo que no acudió a la diligencia por “hostigamientos extraños, seguimientos de carros y motocicletas con personas armadas que me amenazaron los

días de audiencia de preclusión donde estaban los funcionarios de Davivienda, lo cual me obligó a refugiarme no solo ese día”. En ese sentido, argumentó que no presentó la respectiva excusa por no asistir, porque ya no tenía sentido, pues la preclusión ya había sido decretada.

2. Como consecuencia de lo anterior, el promotor del amparo acude al juez constitucional para que, en orden a proteger sus prerrogativas fundamentales invocadas, intervenga en la actuación penal con radicado 68001600882820130125700 y decrete la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de preclusión, inclusive.

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Luego de que la Sala de Casación Civil devolviera las diligencias, por considerar que esta Corporación es la competente para conocer de la presente acción constitucional, mediante proveído del 2 de marzo de 2020 esta Sala reasumió las diligencias, admitió la demanda y dispuso tener como pruebas las recaudadas en virtud del auto del 22 de enero de 2020 que antecede.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en respuesta al requerimiento efectuado, manifestó que el actor pretende controvertir a través de la acción de tutela un asunto que ya fue resuelto por el juez natural, solo con el ánimo de imponer su criterio, según el cual, su presencia era indispensable para llevar a cabo la audiencia de preclusión que hoy cuestiona, pese a que decidió no asistir a la diligencia, sin justificar tal proceder.

La Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegada 2ª Seccional de la Unidad de Estafas, informó que la actuación que motiva esta petición de amparo estuvo a cargo de la Fiscalía 27 Seccional de Bucaramanga y registra preclusión con fecha 13 de diciembre de 2017, decretada por el Juzgado 7º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa sede.

A su turno, el Procurador Judicial Penal II 59 acudió al trámite para referir que el accionante fue oportunamente citado a la audiencia de preclusión solicitada por la fiscalía y que al inicio de la diligencia se dejó la constancia de su ausencia, así como la de los indiciados, lo cual no impedía que se llevara a cabo la misma. Argumentó que el aquí demandante tenía derecho a estar presente, sin que su presencia fuera obligatoria como alega, sumado el hecho de que pudo haberse excusado y solicitar la suspensión o aplazamiento, pero no lo hizo, de manera que el origen de la supuesta violación de sus derechos radicó en su propia decisión de no asistir.

JAIME DAVID GÓMEZ CORTÉS, defensor suplente de los indiciados dentro de la actuación penal 68001600882820130125700, se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, sosteniendo que es improcedente por cuanto han pasado más de 2 años desde que se realizó la audiencia de preclusión objeto de debate; además, las autoridades accionadas no incurrieron en ningún yerro fáctico o jurídico, y siempre brindaron respuesta a los reparos del actor, conforme a la [Constitución Política](#) y la ley.

La titular del Juzgado 7º Penal del Circuito accionado, luego de efectuar un recuento de la actuación surtida a su cargo, afirmó que no ha incurrido en ninguna acción u omisión conculcatoria de derechos fundamentales de OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO y que, en todo caso, antes de llevar a cabo la audiencia de preclusión, verificó la citación en debida forma a todos los sujetos procesales e intervinientes, a través de la respectiva planilla de comunicaciones de fecha 15 de noviembre de 2017.

Por último, el apoderado del Banco Davivienda S.A. sostuvo que el acto está haciendo un uso indebido de la acción de tutela, para mantener de manera indefinida una controversia que ya fue resuelta en otro trámite de la misma naturaleza. Preciso que el promotor del amparo tuvo conocimiento de la audiencia de preclusión que se iba a realizar, pero no compareció, ni presentó excusa alguna para justificar su no comparecencia por una presunta fuerza mayor, de manera que solo él es responsable de su propio descuido.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme a las previsiones establecidas en el Decreto 1983 de 2017, modificadorio del Decreto 1069 de 2015, esta Sala es competente para pronunciarse respecto de la temática planteada al inicio de esta providencia.

Referente a la acción pública que nos ocupa, ha de precisarse que el artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que se trata de 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.

Con fundamento en lo anterior, advierte la Sala que el reproche planteado por el actor resulta inoportuno, dado que se produce dos años después de la celebración de la audiencia de preclusión que censura; el lapso es excesivo y desproporcionado.

El principio de inmediatez, que constituye requisito de procedencia de la acción de tutela, exige que quien sienta lesionados o amenazados sus derechos fundamentales la interponga en un término razonable. De lo contrario, no se explicaría la necesidad de acudir a este mecanismo de protección urgente (Sentencia SU - 961 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T - 309 de 2013).

Aun si se pasara por alto el incumplimiento del requisito señalado, teniendo en cuenta que la decisión de segunda instancia de no decretar la nulidad de esa audiencia data del 1º de octubre de 2019, tampoco se acredita la irregularidad alegada, esto es, haber llevado a cabo la diligencia sin la comparecencia de OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO, en calidad de víctima.

Con los elementos de convicción allegados al trámite constitucional e incluso con el dicho

del propio promotor del amparo, se demostró que éste tenía conocimiento de la audiencia, pues, de acuerdo con lo ordenado por el Juzgado 7º Penal del Circuito con Función de Conocimiento, mediante auto del 15 de noviembre de 2017, el Centro de Servicios Judiciales libró el telegrama 375 del 22 de noviembre siguiente, dirigido al accionante y remitido a su domicilio con la Guía No. RN861782135CO de la misma fecha, a través de los Servicios Postales Nacionales S.A., siendo recibido por OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO, de lo cual obra constancia con su firma y documento de identidad.

Al respecto, téngase en cuenta que el artículo 172 de la Ley 906 de 2004 establece que las citaciones podrán realizarse por los medios técnicos más expeditos posibles, siempre que se comunique de manera oportuna y veraz a los intervinientes de la misma, como ocurrió en el caso bajo estudio.

Sin embargo, pese a haber sido citado de manera oportuna, el promotor de la acción no acudió aduciendo “hostigamientos extraños, seguimientos de carros y motocicletas con personas armadas que me amenazaron los días de audiencia de preclusión donde estaban los funcionarios de Davivienda, lo cual me obligó a refugiarme no solo ese día”, manifestaciones que no pasan de ser simples afirmaciones sin ningún tipo de respaldo probatorio y que, en todo caso, bien pudo haber puesto en conocimiento de la funcionaria demandada para obtener su aplazamiento, pero optó por no hacerlo.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibile que ahora pretenda subsanar tal proceder, a través de esta vía excepcional de protección, pues como de manera reiterada lo ha sostenido la Corte Constitucional «una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir...» (C.C.S.T- 1231/2008), lo cual es expresión del principio «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»¹, que en tratándose del ejercicio de la acción de tutela implica que: «(i) el juez constitucional no puede amparar situaciones donde

la supuesta vulneración de un derecho fundamental, no se deriva de la acción u omisión de cualquier autoridad sino de la negligencia imprudencia o descuido del particular; (ii) la incuria del accionante no puede subsanarse por medio de la acción de tutela; (iii) la imposibilidad de alegar la propia culpa o desidia para solicitar la protección de un derecho cuyo riesgo ha sido generado por el mismo accionante» (C.C.S.T-1231/2008).

Al margen de lo anterior, no sobra precisar que esta Corporación ya se ha pronunciado en pretéritas oportunidades sobre la asistencia de la víctima en la audiencia de preclusión y al respecto ha señalado²:

“De acuerdo con los literales d) y g) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, las víctimas tienen derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas; a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir en lo pertinente ante el juez de control de garantías y a interponer los recursos, cuando a ello hubiere lugar.

En lo que a la audiencia de preclusión de la investigación se refiere, el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que la víctima, junto con el Ministerio Público y el defensor, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal.

(...)

Además, expresamente se ha afirmado que la víctima tiene el derecho específico a oponer elementos materiales de prueba e información que haya podido recolectar a los aducidos por la Fiscalía cuando impetra la preclusión, e impugnar la decisión que el juez adopte al respecto.

En esa línea de pensamiento, la Sala enfatizó que para hacer efectivas esas potestades, se impone como una carga imperativa para el juez y la Fiscalía, que agoten los instrumentos a su alcance para que con la debida antelación se le comunique a la víctima la fecha en que habrá de realizarse la audiencia de preclusión.

Esa anticipación ‘debe ser entendida como un período razonable, a efectos de que sus derechos queden a salvo de manera real y efectiva, no simplemente formal, por cuanto si está facultada para oponer elementos materiales de prueba e informaciones a los que presente la Fiscalía, surge, de necesidad, que debe serle concedido un período prudencial para que proceda a ello’ (ídem).”

Retornando al sub-lite, de acuerdo con el trámite de notificación citado en precedencia, es claro que el Juzgado 7º accionado convocó a OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO con suficiente antelación a la audiencia de preclusión programada para el 13 de diciembre de 2017, esto es, un mes antes de llevarse a cabo.,

En este orden, es palpable que la inasistencia a la audiencia de preclusión solo le es atribuible a la parte actora, pues fue ésta quien por su propia voluntad decidió no intervenir, pese a que estaba legalmente habilitada para ello, por manera que ninguna actuación irregular se advierte por parte de esa autoridad demandada.

Corolario de lo anterior, se negará la protección invocada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. NEGAR por improcedente el amparo constitucional deprecado por OMAR DAVID GARCÍA SARMIENTO, de conformidad con las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.
2. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. En caso de no ser impugnada, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

2 CSJ AP1328-2019.