

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado ponente

STP6571-2020

Radicación no. 1333 / 111250

(Aprobado Acta No. 153)

Bogotá D.C., julio veintiocho (28) de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Resuelve la Sala la impugnación presentada por el apoderado judicial de MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, contra la sentencia de tutela proferida el 8 de junio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que negó parcialmente el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y petición, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 2ª Seccional y el Juzgado 2º Penal del Circuito, ambas autoridades de Santander de Quilichao – Cauca.

Al trámite fueron vinculados la Defensoría del Pueblo Regional Cauca, el agente del Ministerio Público delegado ante el Juzgado 2º accionado, los abogados STELLA JÁCOME SÁNCHEZ y JAIME RODRÍGUEZ JARAMILLO, así como MARÍA CRISTINA SEGURA MARTÍNEZ, en calidad de representante de víctimas.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. Para lo que compete resolver en el presente asunto, del escrito de tutela y los

documentos allegados al plenario, la Sala destaca los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

(i) El 10 de febrero de 2020, ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santander de Quilichao, se adelantó audiencia de formulación de imputación en contra de MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, miembro del Resguardo Indígena La Laguna - Siberia, por el delito de acceso carnal violento.

(ii) El 4 de marzo siguiente, su defensor presentó poder y una petición ante la Fiscalía 2ª Seccional, solicitando la práctica de interrogatorio a su prohijado; sin embargo, el delegado del ente acusador no se pronunció.

(iii) Para el 10 de marzo del año en curso, el Fiscal 2º radicó escrito de acusación, el cual fue repartido al Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma sede, pero sin aclarar que la representación del indiciado ya no estaba a cargo de una defensora de oficio, sino de un abogado de confianza.

(iv) En vista de lo anterior, el Juzgado 2º demandado celebró audiencia de formulación de acusación el 7 de mayo de 2020, con la presencia de un defensor público, sin preguntarle al accionante si contaba con abogado designado por él mismo y sin que hiciera manifestación alguna tampoco en ese sentido, presuntamente por temor reverencial.

(v) Según el promotor del amparo, ese evidente que no contó con defensa técnica por falta de asesoramiento y que la Fiscalía, además de que no brindó respuesta a la solicitud de interrogatorio, desconoció que el proceso es de competencia de la jurisdicción indígena, todo lo cual, en conjunto, constituye una vulneración ostensible de su derecho al debido proceso. Así mismo, censura que el juez a cargo, como director de la audiencia, no haya preguntado si tenía abogado de confianza o si había podido comunicarse con quien lo estaba representando.

2. De acuerdo con lo anterior, la parte demandante acude al juez constitucional para que proteja las garantías fundamentales invocadas y, como consecuencia de ello, intervenga y decrete la nulidad del escrito de acusación, así como de la audiencia objeto de censura.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA:

Por auto del 26 de mayo de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán admitió la demanda de tutela y corrió el traslado respectivo a las autoridades mencionadas.

La abogada STELLA JÁCOME SÁNCHEZ se limitó a informar que, en calidad de defensora pública, asistió al aquí demandante en la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 10 de febrero de 2020. Posteriormente fue designado otro apoderado por parte de la defensoría, quien lo acompañó al momento de la formulación de acusación.

El Fiscal 2º Seccional sostuvo que, por error involuntario, el poder allegado a esa delegada por el abogado de confianza del accionante se traspapeló. No obstante, resaltó que tal documento debió ser presentado ante el juez de conocimiento, por ser este funcionario el competente para reconocerle personería para actuar en la audiencia a nombre del indiciado. Adujo que el interrogatorio de parte solicitado no es obligatorio, pues contaba con suficiente material probatorio para sustentar su teoría del caso. Por último, afirmó que ninguna autoridad indígena ha presentado una petición de cambio de jurisdicción, para que sea resuelto el eventual conflicto que se suscite.

A su turno, JAIME IGNACIO RODRÍGUEZ JARAMILLO, defensor público, refirió que, pese a que fue decretada la emergencia sanitaria por el Gobierno Nacional, con ocasión de la pandemia por COVID-19, se comunicó con el demandante por intermedio del correo electrónico de la Oficina Jurídica del establecimiento carcelario, para enterarlo de su designación y de encontrarse a la espera de que programaran audiencia. Manifestó que, habiendo sido convocados para la formulación de acusación, el interesado no mencionó que hubiese otorgado poder a un abogado de confianza, razón por la cual ejerció su encargo con la

diligencia debida.

La Procuradora 226 Judicial I acudió al trámite para indicar que durante la audiencia de formulación de acusación MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO no hizo ninguna manifestación relacionada con haber designado abogado de confianza, pero contó, en todo caso, con la asistencia de un defensor público a través del cual tuvo conocimiento de la situación fáctica y jurídica que deberá controvertir en juicio, y escuchó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios. Resaltó que a quien correspondía tener una actitud proactiva y diligente es al actual apoderado, pues, si había asumido la representación desde el mes de marzo, debió estar pendiente de la asignación de juzgado, sobre todo si su estrategia defensiva parte de proponer un cambio de jurisdicción.

El titular del Juzgado 2º demandado, luego de hacer un breve recuento de la actuación, argumentó que el hoy apoderado judicial del indiciado no se preocupó por averiguar a qué despacho correspondieron las diligencias de su representado, lo que solo vino a hacer después de celebrada la audiencia que hoy objeta, aportando un poder vía wathsApp el 11 de mayo de 2020.

El Defensor Regional Cauca adujo que no se presentó la irregularidad alegada por la parte actora y que la intervención del abogado designado para representar a MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, se hizo con apego a los procedimientos establecidos para la prestación de ese servicio y con la debida diligencia, de manera que ninguna responsabilidad le asiste a la entidad en los hechos alegados por el promotor del amparo.

Por su parte, el Director del EPMSC Santander de Quilichao sostuvo que, con ocasión de la pandemia por COVID-19, ha garantizado la comunicación virtual de los internos, a lo que agregó que no puede inmiscuirse en los procesos seguidos en contra de la población privada de la libertad, pues estaría excediendo sus competencias legales.

La Sala a quo, a través de fallo del 8 de junio de 2020, negó por improcedente la protección

reclamada, tras considerar que ninguna afectación al debido proceso de MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO se advierte, pues estuvo asistido en la audiencia de un abogado de la defensoría pública, con capacidad e idoneidad académica para ejercer el encargo, sumado el hecho de que, en todo caso, el aquí demandante ninguna manifestación hizo al funcionario judicial en cuanto a haber designado un abogado de confianza para que defendiera sus intereses, circunstancias que impiden invalidar la actuación y mucho menos el escrito de acusación.

Sostuvo el tribunal que el apoderado especial mostró una actitud pasiva y negligente, por cuanto no adelantó ninguna averiguación ante la fiscalía o los juzgados, para constatar a quien había sido asignado el caso o suministrar sus datos para efecto de notificaciones. Así mismo, indicó que el proceso es el escenario natural donde el interesado debe proponer la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la causa seguida en contra del promotor de la acción. No obstante, otorgó el amparo deprecado en relación con el derecho fundamental de postulación y ordenó a la Fiscalía 2ª Seccional de Santander de Quilichao brindar respuesta frente a la solicitud de llamar a interrogatorio de parte al indiciado.

Una vez fue notificada la decisión, el apoderado de la parte actora la impugnó insistiendo en que sí hubo una irregularidad que afectó el debido proceso de su prohiado, toda vez que, aunque allegó a la fiscalía el poder otorgado por su cliente, no lo tuvo en cuenta y, como consecuencia de ello, no fue convocado a la audiencia. Alegó que MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO tenía derecho a que el delegado del ente acusador lo escuchara para aclarar los hechos por los cuales se le está investigando; sin embargo, optó por presentar el escrito de acusación, lo que en concepto del accionante constituye una ilegalidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Conforme con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar

la alzada, por cuanto la decisión sobre la que recae la impugnación fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Sobre la insistencia planteada por el recurrente, en torno a tachar de irregular el hecho de que el Delegado 2º Seccional de Santander de Quilichao no haya escuchado en interrogatorio a MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO antes de radicar el escrito de acusación, emerge imperioso destacar que por mandato constitucional la Fiscalía General “está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito..., siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la existencia del mismo”. Así lo establece claramente el artículo 250 de la [Constitución Política](#), en virtud del cual es finalidad primordial para la Fiscalía establecer si los hechos denunciados o que llegan a su conocimiento revisten o no las características de un delito.

En ese orden de ideas, debe recordarse que una de las facultades de que dispone el ente acusador dentro de su estrategia para llevar a cabo la investigación a su cargo, está la de practicar o no interrogatorio al indiciado (Cfr. Auto SP3657-2016, Radicación N° 46589, entre otros). Bajo ese derrotero, si bien es cierto el Fiscal 2º no brindó respuesta clara, concreta y de fondo a la petición radicada por el defensor de confianza del aquí accionante, lo cual fue objeto de protección por parte del tribunal a quo, no significa que la decisión de ese funcionario de radicar el escrito de acusación sin haber accedido al pedimento de MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, no se encuentre ajustada a derecho, por cuanto, si en desarrollo de la labor investigativa encontró elementos de juicio suficientes para ejercer la acción penal, podía optar por acudir directamente a la vista pública, sin que fuera obligatorio haber escuchado previamente en interrogatorio al aquí demandante, pues no existe norma que así lo imponga, como sí estaba previsto en el procedimiento de tendencia inquisitiva contemplado en la Ley 600 de 2000 a través de la indagatoria.

Al ser facultativo de la fiscalía, el promotor de la acción, por intermedio y a solicitud de su

defensor, podrá ser escuchado durante el juicio oral, como parte de la práctica probatoria que decreta el juez de conocimiento.

En tales condiciones, no se puede por esta senda constitucional conminar al titular de la acción penal a escuchar en interrogatorio al accionante, no solo porque ello constituiría una intromisión indebida del juez de tutela, sino porque ninguna obligación legal le asiste al ente acusador en ese sentido.

No obstante, lo que sí advierte la Corte es la vulneración del derecho a la defensa técnica que le asiste a MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, desde el momento mismo en que la Fiscalía 2ª Seccional de Santander de Quilichao, tal y como refiere en su contestación, extravió el poder otorgado por el indiciado a su abogado de confianza, el cual fue oportunamente radicado en esa agencia fiscal.

Es preciso recordar, como reiteradamente lo ha señalado la Sala de Casación Penal, que el defensor de oficio actúa en aquellos casos en que el procesado no puede o no quiere designar defensor de confianza. De modo que, si el investigado o enjuiciado cuenta con apoderado contractual, el mismo se privilegia frente al de oficio, pues este último no está llamado a desplazar al abogado contratado por cualquier causa, sino de forma excepcional cuando se demuestre una manifiesta negligencia o abandono injustificado de las funciones defensivas. En estos términos se pronunció la Corporación:

(...) la Convención de San José de Costa Rica, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad y que fue aprobado mediante la Ley 16 de 1972, señala en su artículo 8º, sobre garantías judiciales, que el procesado cuenta con el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”. En similar sentido, el artículo 14-3-d del Pacto de Nueva York, incorporado a la legislación nacional mediante la Ley 74 de 1968, consagra que toda

persona tiene ante los tribunales y cortes de justicia el derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, y a que se le nombre uno de oficio, si careciera de medios suficientes para pagarlo.

También el artículo 29 de la [Constitución Política](#) cita en primer lugar el derecho de “quien sea sindicado” a la asistencia de un abogado designado por él “o de oficio”, lo que sugiere que si bien con el uno o el otro se garantiza el derecho fundamental, el primero, si existiere, se privilegia frente al segundo, pues éste actúa ante la ausencia de una designación específica.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido insistente sobre el mismo punto (CSJ, SP, sentencia del 4 de febrero de 2009, rad. 26888):

“Los artículos 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968) y 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) consagran el derecho del procesado en plena igualdad a ser asistido por un defensor de su elección, así, la representación judicial de oficio viene a suplir en caso de que no pueda contar con un apoderado de confianza” (subraya la Corte en esta oportunidad).

De igual manera, la Corte ha señalado que el derecho a la defensa técnica es intangible y, “por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio” (CSJ, SP, fallos del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999, reiteradas en sentencia del 18 de marzo de 2015, rad 42337) y, en fin, ha reconocido que el profesional contractual puede ser desplazado por el de oficio, pero no de manera arbitraria o caprichosa, sino ante la reiterada ausencia del primero y su evidente actitud omisiva (CSP, SP, auto del 6 de agosto de 2009, rad. 32358).

En ese orden, no queda duda que el derecho a la asistencia jurídica cualificada escogida por la persona reconoce su plena libertad para otorgar la representación judicial en el profesional que a bien tenga, de ahí que prime respecto de la forma sucedánea cuando el

Estado ha de proveerla.

Bajo ese entendimiento, como ninguna de las hipótesis descritas en las normas -y decantadas por la jurisprudencia de esta Colegiatura- que permiten el desplazamiento del defensor contractual por el oficioso se verificó en el caso de MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO, no podía la Fiscalía omitir informar tal designación al juzgado de conocimiento, en tanto, más allá del extravío del memorial contentivo del mandato especial otorgado, lo cierto es que tenía conocimiento del nombramiento del abogado de confianza del enjuiciado, no siendo excusa, dicho sea de paso, la afirmación de esa delegada en el sentido de que era al juez a quien correspondía reconocer personería, pues ello implicaría que solo hasta el momento de adelantarse la formulación de acusación el indiciado estaría desprovisto de quien defendiera sus intereses, lo cual no discurre de esa manera.

Ejemplo de ello es que, precisamente, antes de radicarse el escrito de acusación, el apoderado contractual acudió a la Fiscalía 2ª accionada solicitando que su prohijado fuera escuchado en interrogatorio, para cuyo efecto era necesario acreditar su calidad y que la misma fuera reconocida por el ente acusador, más allá de que tal petición prosperara o no.

Dentro de ese contexto, refulge evidente que se desconoció lo previsto en el artículo 116 de la Ley 906 de 2004, que prevé que la defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado, circunstancia que cobra relevancia si se parte del hecho de que era aquél quien claramente conocía de primera mano los pormenores del caso, la estrategia defensiva a desarrollar e incluso los argumentos que sustentan la eventual falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para adelantar la actuación en contra de su representado.

Corolario de lo anterior, no existe más remedio para restablecer las garantías procesales del actor, que decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 7 de mayo de 2020, inclusive. En consecuencia, la Sala ordenará al

Juzgado 2º Penal del Circuito de Santander de Quilichao que, dentro del improrrogable término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, fije nueva fecha convocando a los sujetos procesales, partes e intervinientes en las diligencias identificadas con radicado 196986000633201900101, a audiencia de la misma naturaleza, citando para tal efecto al defensor de confianza nombrado por MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 2 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. REVOCAR el fallo de 8 de junio de 2020 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y defensa que le asisten a MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO.
2. DECRETAR la nulidad de lo actuado al interior del proceso con radicado 196986000633201900101, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 7 de mayo de 2020, inclusive, ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de Santander de Quilichao. En consecuencia, ORDENAR al titular de ese despacho judicial que, dentro del improrrogable término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, fije nueva fecha convocando a los sujetos procesales, partes e intervinientes en dichas diligencias, a audiencia de la misma naturaleza, citando para tal efecto al defensor de confianza nombrado por MAXIMILIANO CALAMBAS HURTADO.
3. NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria