

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP2171-2021

Radicación n.º 114872

(Aprobación Acta No.47)

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de BANCOLOMBIA S.A., contra el fallo de tutela proferido el 18 de enero de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que negó el amparo invocado contra la Fiscalía 15 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Manizales.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

Manifestó el libelista que en el mes de octubre de 2017, en la ciudad de Manizales y en la sucursal de la Avenida Santander del banco Bancolombia se perpetró un hurto que ascendió

a la suma de \$2.101.906.415.67 y US 51.850 frente al cual se inició una investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación en contra de los señores Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda, misma que se adelanta bajo el radicado 2017-01374.

Así mismo que el 29 de agosto de 2018 se llevaron a cabo varias audiencias preliminares ante el Juzgado Tercero de Garantías de esta ciudad y que a solicitud de la Fiscalía, se requirió autorización para que se llevara a cabo una toma de muestras de ADN a los señores Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda, pues era necesario realizar un cotejo de ADN con una botella de agua encontrada en la escena de los hechos que contiene muestras de material genético aptas para cotejo, objeto que está custodiado en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la espera del examen.

Señaló que en la mencionada diligencia los imputados Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda no presentaron oposición alguna a su práctica, tampoco hubo negativa por parte de sus apoderados, razón por la que el Juez autorizó la toma de las muestras siempre que se contara con el aval de los investigados.

Expresó que el Fiscal el 14 de marzo de 2019 emitió una orden a Policía Judicial para que se coordinara con el Instituto Nacional de Medicina Legal la toma de muestras de ADN, programándose la diligencia para el 10 de abril de 2019, sin embargo la diligencia no se llevó a cabo, porque los señores Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda no asistieron, ya que a pesar de encontrarse privados de la libertad, se resistieron a ser trasladados a las instalaciones de la dependencia oficial.

Agregó que debido a esta circunstancia, la Fiscalía requirió judicialmente una autorización para la práctica de la prueba de ADN, pero en esta oportunidad ya en contra de la voluntad de los señores Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda. De la anterior solicitud conoció el Juzgado 5o de Garantías de Manizales, quien el 14 de febrero de 2020 la

autorizó, aún por la fuerza, a través de la conducción por el tiempo estrictamente indispensable para la toma de muestras y ordenó además, que en caso tal que no concurrieran sus apoderados de confianza, fueran representados para dicho acto por un defensor público, todo lo anterior en presencia de un delegado del Ministerio Público.

Narró que la decisión fue recurrida por los apoderados de los acusados, siendo confirmada en su integridad el 03 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales. Dichas decisiones fueron atacadas en sede de tutela en el radicado 2020- 00103, no obstante la acción de tutela fue infructuosa para los intereses de la defensa en tanto la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no la revocaron, al advertir su improcedencia.

Ilustró que bajo esa premisa la Fiscalía está en el deber de ejecutar la autorización de la toma de la muestra de ADN en los términos autorizados por el Juzgado Quinto de Garantías de Manizales, pese a lo cual no ha ocurrido, debido a:

Que el 05 de marzo de 2020 la Fiscalía procedió a expedir la orden a Policía Judicial para que se llevaran a cabo “los trámites pertinentes ante Medicina Legal para que se señale fecha y hora en las que se tomarán las muestras a los procesados con dicho objetivo, quienes deberán firmar a su puño y letra las correspondientes citaciones” pero ésta no condujo a los procesados, porque la orden no era clara en la manera como se debía ejecutar la misma y tampoco porque ni los procesados ni los defensores se presentaron en el Instituto Nacional de Medicina Legal. Indicó que en esa oportunidad la defensa se amparó en el aislamiento preventivo obligatorio que fue decretado por el Gobierno Nacional.

Una vez levantadas las cuarentenas obligatorias, la Fiscalía nuevamente expidió la orden de policía judicial el 21 de septiembre de 2020, no obstante, bajo su óptica el órgano persecutor pretermitió aclararle a la Policía Judicial que la diligencia se debía llevar a cabo con conducción de los investigados en caso de renuencia y pasó por alto también,

especificar que debía hacer presencia un defensor público ante la posible ausencia de los defensores de confianza, todo supervisado por el Ministerio Público. Por ello, concluyó que la diligencia programada para el 16 de octubre de 2020 no se materializó, pues el señor Luis Alberto Aguirre Arboleda no asistió a la diligencia, aduciendo que su defensor no iba a concurrir a la cita y por otra parte el señor Adrián David Díaz Martínez tampoco dio su consentimiento para la toma de muestras.

Añadió que el 13 de noviembre de 2020 se expidió la última orden al Instituto de Medicina Legal en los mismos términos genéricos de las órdenes anteriores y aunque la cita se programó para el 09 de diciembre de 2020, la misma no se desarrolló, porque la Fiscalía trasladó a la Policía toda la coordinación de la medida, pero nuevamente dicho mandato se expidió sin información del alcance necesario para que se cumpliera la orden del Juez.

Sostuvo que en esa ocasión, quien se presentó fue el señor Luis Alberto con su defensor y que al momento en que el personal del Instituto solicitó su consentimiento, este se negó a darlo. A su vez, el señor Adrián David ni su defensor de confianza concurrieron al acto.

Adveró que a pesar que el 17 de noviembre de 2020 envió un correo a la Fiscalía sugiriendo ser específica en la orden expedida a la Policía Judicial para evitar nuevamente el fracaso de la diligencia, no se dio. Que reiteró su solicitud, esta vez por conducto de la Dirección Seccional de Fiscalías de Manizales alertando que la orden emitida el 13 de noviembre de 2020 y a cumplirse por policía judicial el 9 de diciembre tendía a fracasar si no se tomaban los correctivos de oficiar directamente por parte del Fiscal a todas las entidades que deben participar en el procedimiento.

No obstante ante estas prevenciones, señaló el quejoso que la Fiscalía hizo caso omiso, pues las results de la diligencia llevada a cabo el 09 de diciembre de 2020 arrojaron que el señor Adrián David no compareció y la dependencia de medicina legal se abstuvo de realizar el procedimiento frente a Luis Alberto, al no acceder a firmar el consentimiento

informado.

Exteriorizó su preocupación en la medida que la audiencia de juicio oral se encuentra prevista para el próximo 25 de enero y aunque dicho medio probatorio se encuentra decretado, la práctica de dicha pericia implica que previo a la declaración del perito, la fiscalía le debe entregar a la defensa el documento denominado base de la opinión pericial, lo cual no será posible si se continúa omitiendo por parte de la Fiscalía informar a las autoridades y entidades que deben intervenir en la toma de muestras para posterior cotejo, directa y claramente cuál es el alcance real de lo autorizado por los jueces de garantías para que ellos procedan de conformidad.

Consideró el accionante que la omisión atribuible a la Fiscalía suscita un daño, toda vez que pese a contar con la autorización de los Jueces de Garantías para proceder a proferir una orden clara que conlleve a que se tomen las muestras de ADN con fines de cotejo de los señores Adrián David Díaz y Luis Alberto Aguirre aun por la fuerza, mediante conducción, con designación de la defensoría Pública y la presencia del Ministerio Público, al momento de materializarla se delega esa función en la Policía Judicial a quien tampoco se le especifica el alcance de la orden, limitándose así esta entidad a expedir oficios breves y desinteresados a las entidades y personas que deben concurrir, razón por la cual se incumple en debida forma la orden de trabajo.

Por ello, el accionante estimó que como víctima en el proceso penal se le está vulnerando el acceso efectivo a la administración de justicia en relación con las garantías de igualdad, verdad, justicia y reparación de las víctimas al interior del proceso penal.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales negó el amparo deprecado al considerar que, no se cumple con el requisito general de subsidiariedad de la acción de tutela, puesto que el escenario propicio para controvertir las actuaciones que se

lleven a cabo dentro del proceso penal que cursa, en el cual ostenta la calidad de víctima, es ante el juez ordinario.

Aseveró que, ha realizado las actuaciones a las que ha habido lugar, con el fin de cumplir con la orden emitida por el Juez de Control de Garantías frente a la prueba de ADN avalada dentro de la audiencia preliminar llevada a cabo dentro del proceso penal 2017-1374; sin embargo, el Instituto de Medicina Legal, no puedo proceder a realizar la muestra sin la voluntad de los acusados.

Agregó que, la finalidad del actor es acudir a la acción de tutela como una vía alterna al proceso que cursa, sin que se justifique la intervención del juez constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante interpuso recurso de impugnación, y solicitó que se revocara el fallo de tutela de primera instancia, pues, a su criterio, el juez de primera instancia impone a la parte actora una carga no prevista en la ley como requisito de procedibilidad para lograr la protección de sus derechos fundamentales.

Alegó que, el juez de primera instancia no analizó los hechos y argumentos que sustentaron la demanda constitucional.

Expresó que, el escenario ideal en el marco del proceso penal que cursa en su contra, es que se practique la prueba ordenada por el Juez de Control de Garantías, puesto que, es necesaria para que se lleve a cabo el juicio oral dentro del proceso de referencia, y se esclarezca la verdad.

Por tanto, solicita que se ordene mediante este medio excepcional, que se lleve a cabo la practica de la prueba de ADN en contra de los acusados, aún en contra de su voluntad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de BANCOLOMBIA S.A., contra el fallo de tutela proferido el 18 de enero de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que negó el amparo invocado contra la Fiscalía 15 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Manizales.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La 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 el actor, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional¹.

La acción de tutela contra providencias judiciales, exige:

- 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.
- 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 del accionante.
- e. Que la parte actora 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.²

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que, en punto de las exigencias específicas, se han establecido las que a continuación se relacionan:

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

ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

iii) 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.

iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

v) 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.

vi) 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.

vii) 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 vulnerado⁴.

viii) Violación directa de la Constitución.

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-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido de 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». -C-590 de 2005-.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La impugnación se centra en un punto específico: determinar si efectivamente existe una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la administración de justicia e igualdad de BANCOLOMBIA S.A. como víctima dentro del proceso penal 2017-1374, y en consecuencia, debe concederse el amparo.

Al examinar las pruebas obrantes en el expediente y el marco jurídico aplicable, la Sala considera que se debe confirmar el fallo de tutela de primera instancia, comoquiera que la presente solicitud de amparo incumple con el requisito general de subsidiariedad, esto es, «que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada».

Conforme a lo expuesto por el juez de tutela de primera instancia, la presente acción de tutela se torna improcedente para el estudio de la misma, dado que el proceso penal

2017-1374, se encuentra en curso.

A partir de las alegaciones presentadas por el accionante en su recurso de impugnación, la Sala advierte que el fundamento de su solicitud de amparo es el desacuerdo con la Fiscalía 15 Seccional de Manizales, al no haberse ejecutado, a la fecha, la prueba de ADN de Adrián David Díaz Martínez y Luis Alberto Aguirre Arboleda, autorizada por el Juzgado Tercero de Control de Garantías de Manizales dentro del proceso penal 2017-1374.

Alega que, si bien el ente acusador ha emitido varias ordenes de policía con el fin de llevar a cabo esta prueba, esto no ha sido posible frente a la negativa de los procesados; sin embargo, aún contra la voluntad de los acusados, se debe realizar esta prueba, antes de dar inicio al juicio oral.

Es menester indicar a la parte actora que, para ejercer el derecho de defensa y propender por las garantías judiciales, debe hacerlo dentro de la actuación ordinaria, no por vía de tutela, toda vez que ésta no puede emplearse para retrotraer las actuaciones dentro del proceso penal, ni como mecanismo para cuestionar los argumentos en los que el juez natural ordinario funda su decisión cuando el proceso no ha culminado.

Las etapas, recursos y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso.

Bueno es precisar que, mientras el proceso esté en curso cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación penal, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

En sentencia T-335 de 2018, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló:

«3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.»

Justamente, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad, que son predicables de la acción de protección constitucional, disponen como consecuencia que no pueda acudir 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 funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, estableció que tampoco puede acudir 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, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, se reitera, mientras un 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 tutela⁶.

Finalmente, tampoco se advierte la existencia de una situación excepcional que habilite el amparo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, por las razones expuestas.

SEGUNDO. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

TERCERO. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ

Secretaria (E)

1 Fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006

2 Ibídem

3 Sentencia T-522 de 2001

4 Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001

5 Sentencia T-103 de 2014

6 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.