

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

Radicación n° 115092

Acta 61.

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Decide la Corte la impugnación presentada por JOSÉ LUIS MAYORCA CASTILLA, contra el fallo proferido el 26 de enero del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que negó el amparo de los derechos al debido proceso y a la defensa, presuntamente vulnerados por las Fiscalías Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y Cincuenta y Seis Seccional de esta ciudad.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos y pretensiones fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá de la siguiente manera:

José Luis Mayorca Castilla interpuso acción constitucional en contra de la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y la Fiscalía 56 Seccional de Bogotá. Expuso como supuestos de hechos, los siguientes:

2.1.- El 14 de diciembre de 2020 recibió comunicación remitida por el asistente de la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá de la dirección Especializada contra

la Corrupción para convocarlo a audiencia de formulación de imputación dentro de actuación en la que figura como indiciado y le suministró correo electrónico si requería más información.

2.2.- El 20 de diciembre de 2020, remitió un correo electrónico a la Fiscalía 34 por medio del cual, solicitó se le indicara cuál es la causa por la cual se le investiga y cuáles son los hechos.

2.3.- El asistente fiscal le mencionó que se adelanta en su contra una indagación bajo el radicado 11001600025201600006 en el que figura como indiciado por los delitos de cohecho por dar u ofrecer, con ocasión de la suscripción de tres contratos entre Cafesalud EPS y el Centro Nacional de Oncología, en el que fungía como accionista, subgerente y miembro de la Junta Directiva. Asimismo, que los contratos objeto de indagación corresponden a los identificados como DNC-CF-157-2016, DNC-CF-158-2016 y DNC-CF-159-2016.

2.4.- En atención a que, desde su perspectiva, no se dieron a conocer los hechos específicos, su abogado defensor solicitó nuevamente ante la Fiscalía demandada remitir el contenido de la denuncia o primer acto de investigación o información o los hechos materiales que han sido objeto de indagación.

2.5.- El 28 de diciembre de 2020, el asistente fiscal le envió un documento correspondiente a una comunicación interna entre servidores de la Fiscalía General de la Nación con una serie de publicaciones en medios masivos de comunicación social sobre actividades irregulares llevadas a cabo en el ámbito de la administración de Cafesalud E.P.S.

2.6.- El 29 de diciembre de 2020, su defensor reiteró, ante la Fiscalía, la necesidad de conocer las acciones u omisiones que debe defender y no su nombre jurídico. En la misma fecha, el asistente fiscal respondió que se suministró copia de la información a partir de la cual surgió la actuación, esto es, la contratación que suscribió Cafesalud EPS con las

diferentes IPS.

2.7.- Así las cosas, desde su punto de vista, la Fiscalía le impidió conocer de manera concreta los eventos materiales, acciones u omisiones, que pueden constituir los delitos que se le atribuyen, por una inadecuada comprensión de las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa. De esa manera, consideró que tiene derecho a acceder a la denuncia, declaración, delación, compulsas de copias, primer acto investigativo o equivalente para ejercer adecuadamente la contradicción de los cargos, lo que no podría hacer en sede de imputación si los desconoce.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo al no evidenciar vulneración de garantías fundamentales.

Fundó la decisión en que, la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, dio contestación a cada uno de las solicitudes elevadas por el indiciado -hoy accionante-, a través de las cuales pretendía le informaran sobre los hechos específicos por los cuales se adelantaba indagación en su contra y la remisión del primer acto investigativo o equivalente, “instrumento procesal eminentemente informativo y no demostrativo, no reservado”.

En concreto, destacó que la fiscalía le informó que la indagación se efectuaba por los delitos de cohecho por dar u ofrecer, con ocasión de la suscripción de tres contratos (DNC-CF-157-2016, DNC-CF-158-2016 y DNC-CF-159-2016) entre Cafesalud EPS y el Centro Nacional de Oncología, en el que JOSÉ LUIS MAYORCA CASTILLA fungía como accionista, subgerente y miembro de la Junta Directiva.

Y que, frente a la petición de remisión del primer acto de investigación, consideró ajustada a la petición, la remisión que se hizo al procesado de la comunicación del 5 de marzo de

2016, mediante la cual, la Coordinadora del Grupo Investigativo de Delitos Contra el Sistema de Seguridad Social en Salud puso en conocimiento del fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, algunas publicaciones de diferentes medios de comunicación, correspondientes al “27 de febrero de 2016 y 1,3 y 4 de marzo de 2016”, relacionadas con otro radicado donde se investigaban presuntas irregularidades en contratación y manejos administrativos sobre SALUDCOOP EPS.

DE LA IMPUGNACIÓN

Considera que no hubo un estudio de fondo sobre el escenario constitucional propuesto, esto es, si “¿podría considerarse información suficiente para ejercer el derecho a la defensa en el escenario del debido proceso, la que fuera suministrada por la Fiscalía?, pues únicamente abordó una perspectiva formal que claramente daría como resultado que sí hubo una contestación.

Sin embargo, soslayó “todo el análisis atinente a la capacidad de esa información de formar o aportar conocimiento [...] para enterarlo sobre cuáles hechos son los que constituyen el presunto punible de cohecho por dar u ofrecer y si de la respuesta dada por la fiscalía, como procesado podía “construir una hipótesis defensiva que podía partir desde la refutación de lo que se afirmase como conducta punible hasta la posibilidad de participar en mecanismos de justicia penal consensuada”.

Indica que, finalmente, el primer acto investigativo que le remitió la Fiscalía, es en realidad una comunicación interna entre servidores de la Fiscalía General de la Nación, donde no se hace referencia a “alguna clase de comportamiento ilegal en que hubiera podido incurrir”, como tampoco ofrece mayor información la referencia a la suscripción de los tres contratos y presuntos pagos a servidores públicos, pues de dicha información “no surge una sola indicación precisa de un hecho u omisión que me sea atribuible, o que constituya una conducta delictiva en particular”.

No se analizó, si “realmente de lo informado se desprende elementos de conocimiento que permitieran sostener de modo razonable que la hipótesis material sobre la que versará la imputación aparece acreditada de las comunicaciones que fueron intercambiadas”.

Estima que, el “primer acto concreto de investigación” no puede ser escogido a voluntad de la fiscalía, pues en estricto sentido éste debe corresponder aquel donde se atribuya a determinado ciudadano la comisión de una conducta, “así ese primer acto investigativo tarde extensos lapsos”, como ocurrió en su caso.

En tal virtud, solicita revocar el fallo de primera instancia e impartir orden a la Fiscalía tendiente a que “suministre información al suscrito recurrente sobre los hechos respecto de los que ha de recibir imputación, de modo que pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa”.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para conocer la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

El problema jurídico se contrae a determinar si el A-quo acertó en negar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa de JOSÉ LUIS MAYORCA CASTILLA, tras considerar que la información suministrada respecto de la indagación que en

su contra adelanta la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue suficiente para satisfacer dichas garantías constitucionales.

Pues bien, se partirá por señalar que, conforme lo ha señalado esta Corporación (CSJ STP12090-2018, 13 sep. 2018, rad. 100101), la Fiscalía General de la Nación no está en la obligación de expedir copia de los elementos que componen su investigación, en virtud a la naturaleza del sistema que se implementó con la Ley 906 de 2004, salvo lo previsto normativamente para los momentos procesales oportunos.

Al respecto, recuérdese que la etapa instructiva tiene «como propósito establecer la ocurrencia de los hechos llegados al conocimiento de la fiscalía, determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, identificar o cuando menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado¹; caracterizándose esta etapa por ser reservada y con un alto grado de incertidumbre»².

Es decir, supone la realización de algunas diligencias a cargo de la policía judicial, bajo la supervisión del fiscal, tendientes a recaudar los elementos -programa metodológico- indispensables para la formulación de imputación, la petición de preclusión o el archivo de las diligencias, erigiéndose así en una actividad propia del ente investigador; la que, en principio, no admite la participación de otros sujetos procesales o intervinientes, como quiera que aún no se puede hablar, en términos del sistema penal con tendencia acusatoria, de un proceso formal.

De manera que las evidencias que recaude, los elementos probatorios o la información que obtenga es propia de su conocimiento y, por tanto, no está en la obligación de entregarla a quienes no se hubieren convocado a la actuación o, incluso, saben de la misma, pues persiste una alta incertidumbre sobre su resultado. Ello no implica que no subsistan derechos a favor de las personas que se vean involucradas en la misma, como lo ha

precisado la Corte Constitucional de cara al indiciado.

Luego, queda descartada la violación de derechos en lo que respecta al descubrimiento anticipado de los elementos con los que se cuenta; sin que esto signifique que el actor no pueda ejercer su derecho a la defensa.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación ha puntualizado que la interpretación que mejor protege tanto la reserva de la fiscalía respecto de los actos de indagación que adelantado y el derecho que asiste al indiciado a conocer los hechos por lo que está siendo investigado, como manifestación del derecho de defensa y debido proceso, está dada en el deber que se ha impuesto en cabeza del ente acusador de informarle sobre los fundamentos fácticos contenidos en la noticia criminal o los que arrojan estos últimos.

Es decir, a pesar de que el Código de Procedimiento Penal impide el acceso del indiciado, por regla general, a las evidencias y elementos materiales probatorios hasta cuando se realice la audiencia de formulación de acusación, también resulta necesario reconocer que, a efectos de que el implicado ejerza en debida forma el derecho de defensa, puede tener acceso a algunas diligencias ejecutadas en la indagación (CC T-920-2008).

De manera que, frente a solicitudes tales como la expedición de copias de la denuncia o, en caso de tratarse de una compulsa de copias o un informe de inteligencia, con base en tales documentos, el ente acusador debe indicar los sucesos que son objeto de investigación.

En el sub lite, el impugnante parte del hecho cierto que, con ocasión de la petición inicial que elevó ante la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, recibió por parte de ésta la siguiente contestación:

“Esta Fiscalía Delegada adelanta una indagación identificada con radicado 110016000251201600006 en el que se indagan, entre otros, hechos relacionados con el delito de cohecho por dar u ofrecer, con base en el presunto acuerdo y entrega de

porcentajes sobre los pagos netos del recibido por la suscripción de tres contratos entre el Centro Nacional Oncología -IPS en la que el ciudadano JOSÉ LUIS MAYORCA CASTILLA fungía como accionista, subgerente y miembro de la Junta Directiva- y CAFESALUD EPS. Los contratos objeto de indagación corresponden a los identificados como DNC-CF-157-2016, DNC-CF-158-2016 y DNC-CF-159-2016”.

Y que, posteriormente, con ocasión de la segunda petición que elevó, donde solicitaba copia del primer acto investigativo o equivalente que dio origen a la investigación, la Fiscalía accionada le remitió copia de la comunicación que recibió procedente de la Coordinadora del Grupo Investigativo de Delitos Contra el Sistema de Seguridad Social en Salud, donde se le ponía en conocimiento algunas publicaciones de diferentes medios de comunicación donde se mencionaban irregularidades en contratación y manejos administrativos al interior de algunas EP.

Pues bien, a partir del marco jurisprudencial descrito y la confrontación con las respuestas ofrecidas por la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, es claro que, éstas se ajustaron a las posibilidades de información que, dado el estadio procesal, tenía dicha autoridad judicial.

Y, contrario a lo pretendido por el accionante, la fiscalía accionada no estaba en la obligación de expedir copia de las actividades investigativas o del informe de resultado de las mismas, donde su nombre aparecía registrado, que es el último lo que quería el actor, dado que, se reitera, este tipo de actividades investigativas son el resorte del ente persecutor que serán develadas en la instancia procesal pertinente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Confirmar el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por las razones contenidas en esta decisión.

Segundo: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación Rad. 31780, 15 de julio de 2009.

2 CC C 1194/2005: “La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la notitia criminis.”