

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP15010 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 118725

Acta No. 246

Bogotá D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiunos (2021).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el accionante ARTURO GARZÓN RUBIANO, mediante apoderado, contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de julio de 2021 que negó el amparo invocado contra los Juzgados 2º Penal de Circuito de conocimiento transitorio y 5º Penal Municipal con funciones de conocimiento, ambos de Bogotá, por la presunta vulneración de derechos fundamentales.

En primera instancia se vincularon a las partes e intervinientes dentro del proceso penal con radicado CUI No. 110016500786201902101.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del contenido de la demanda de tutela y sus anexos, se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguiente:

1. Contra ARTURO GARZÓN RUBIANO se adelanta el proceso penal identificado con el No.

2019-02101 por la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar (artículo 229, C.P.) por hechos ocurridos el 13 de julio de 2019.

2. El 25 de febrero de 2019 Fiscalía 285 Local de Bogotá radicó escrito de acusación y corrió traslado al procesado (procedimiento abreviado). El asunto correspondió por reparto al Juzgado 5° Penal Municipal con funciones de conocimiento de la misma ciudad.

3. El 3 de febrero de 2021 tuvo lugar la audiencia concentrada (artículo 542, Ley 1826 de 2017). En curso de la diligencia, la defensa presentó sus solicitudes probatorias, no obstante, el juzgado las rechazó por falta de descubrimiento. Contra esa decisión interpuso recurso de apelación el cual fue negado por la autoridad judicial.

4. En virtud de ello, la defensa impetró el recurso de queja el cual se resolvió favorablemente el 14 de abril del presente año por el Juzgado 43° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá.

5. La alzada correspondió al Juzgado 2° Penal de Circuito de conocimiento transitorio de la misma ciudad, que mediante providencia del 6 de julio de 2021 confirmó la decisión de primer grado.

6. Inconforme con las decisiones adoptadas en el trámite ordinario, el accionante acudió ante el Juez constitucional en procura de la protección de su derecho fundamental del debido proceso. Atribuye a las autoridades accionadas la incursión en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto porque,

i) Se le impuso una carga imposible de soportar pues, al momento en que la directora de la audiencia le preguntó si tenía elementos materiales probatorios por descubrir, no contaba con estos en físico pues los testimonios los practicaría en el juicio oral y el dictamen pericial lo presentaría 5 días antes de la vista pública.

ii) No se sorprendió a ninguna de las partes con las solicitudes probatorias porque se enunciaron y justificaron las pruebas, indicando la pertinencia, conducencia y procedencia, lo cual no fue discutido por ninguna de las partes.

iv) La negativa de concesión de la solicitud de pruebas, “deja al tutelante en condiciones de total indefensión y evidencia que prevaleció el derecho procesal sobre sustancial sin una causa razonable y lógica” y desconoce la naturaleza y esencia del proceso penal, esto es, la búsqueda de la verdad real.

7. Sustentado en este marco fáctico, el tutelante pretende el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa técnica y, en consecuencia, se deje sin efecto las decisiones del 3 de febrero y 6 de julio de 2021 y, en su lugar, se acceda a su solicitud probatoria.

ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 21 de julio de 2021 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá avocó el conocimiento de las diligencias y ordenó el traslado de la acción constitucional a los accionados y vinculados, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. El Juzgado 5° Penal Municipal Funciones de Conocimiento de Bogotá manifestó que adelanta el proceso CUI 110016500786201902101 seguido en contra del tutelante e informó que el 3 de febrero de 2021, en el trámite de la audiencia concentrada, negó el recurso de apelación interpuesto por la defensa al considerar que “el fundamento que tuvo en cuenta para negar las pruebas no fue el argumentado en su sustentación”. Adujo que, en contra dicha determinación, la defensa formuló recurso de queja que resolvió el Juzgado 43° Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, a través del proveído del 15 de abril de 2021, en el que ordenó la concesión del recurso de apelación.

Indicó que la alzada correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito con funciones de conocimiento transitorio de la ciudad, pero desconoce la decisión adoptada en segunda instancia.

Frente a lo expuesto en el libelo tutelar en relación con el descubrimiento probatorio, refirió que es falso pues, conforme al audio de la audiencia concentrada, en el record 09':00'' de la audiencia, el defensor manifestó "no, no tengo elementos materiales por descubrir". Así las cosas, resaltó que el defensor "desconoció las fases preclusivas de la audiencia concentrada y también desconoció las reglas relativas al descubrimiento probatorio".

Finalmente, dijo que no vulneró derecho fundamental alguno del accionante y solicitó negar el amparo constitucional.

2. El representante legal de la víctima resaltó que, contrario consignado en el escrito de tutela, "la audiencia preparatoria se celebró el 4 de febrero de 2021 (sic)" y como consta en el audio de la referida audiencia, la Juez 5° Penal Municipal de Conocimiento le preguntó si tenía pruebas por descubrir a lo que respondió que "no tenía nada por descubrir", en el mismo sentido recordó que los términos en materia penal son preclusivos y por esa razón "acertadamente se rechazaron las solicitudes probatorias del accionante".

Advirtió que la acción constitucional de tutela no puede convertirse en una tercera instancia y, de esta forma, pretender enmendar el incumplimiento de las cargas procesales o enmendar los errores cometidos al interior del proceso.

Adujo que, a pesar de ser rechazadas las pruebas del accionante por falta de descubrimiento, el demandante hizo uso de la facultad procesal de interponer el recurso de apelación, motivo por el cual estimó que se le respetaron sus garantías constitucionales. Por último, solicitó que se declarara improcedente el amparo constitucional invocado.

3. El Ministerio Público informó que asistió e intervino en la audiencia preparatoria que se

llevó acabo el “3 de julio de 2021” (sic), en la cual el defensor solicitó como pruebas “un informe de valoración del instituto de neurología aplicada, efectuada a menor, Dictamen Psicológico sobre la personalidad del acusado y testimonios de tres personas que compartían la unión familiar de las partes”.

Precisó que en el momento procesal pertinente la defensa manifestó “no tener elementos por descubrir” y consideró que “la decisión de la juez de no decretar las pruebas solicitadas se ajustó a lo establecido en el artículo 344 del CPP en relación con el descubrimiento probatorio y el artículo 415 del CPP, respecto a situaciones en que no se cuenta con dictámenes periciales a la fecha de realización de la audiencia preparatoria (sic)”.

Indicó que desconocía que el recurso de queja fue concedido el 14 de abril de 2021 por el Juzgado 43° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y precisó que le correspondió resolver el recurso de apelación al Juzgado 2° del Circuito Transitorio de Bogotá, que el 6 de julio confirmó la decisión de primer grado.

Finalmente, expresó que no vulneró ningún derecho fundamental y solicitó la desvinculación de su representada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. Los demás vinculados guardaron silencio.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a través de providencia del 28 de julio de 2021 negó el amparo invocado.

Afirmó que en la decisión del 6 de julio de 2021 que emitió el Juzgado 2° Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, a través de la cual resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión del a quo, no advirtió ninguna irregularidad ni mucho menos una vulneración al derecho fundamental del debido proceso toda vez que se demostró que su determinación se

fundamentó en lo dispuesto en el artículo 346 del CPP, que contiene las sanciones por el incumplimiento del deber de descubrimiento probatorio.

Precisó que la actuación desplegada por el defensor del accionante incumplió con la carga del descubrimiento probatorio y con la garantía de igualdad de armas al expresar en la audiencia concentrada no tener elementos materiales, ni evidencia física por descubrir, y no obstante a ello, pretender de forma sorpresiva, en las etapas de enunciación y solicitudes probatorias acudir a medios de convicción, sin haber efectuado de forma previa el traslado de los mismos a la Fiscalía.

En ese orden de ideas, indicó que la juez de conocimiento no tenía otra opción más que rechazar los medios probatorios aludidos, dado que el apoderado judicial del acusado no demostró que su descubrimiento “se haya omitido por causas imputables a la Fiscalía, para en gracia de discusión, aceptar tal omisión”.

Agregó que la decisión del juzgado se ciñó a los parámetros establecidos en la Sentencia C - 1154 de 2005, con referencia a que el descubrimiento probatorio “es una manifestación concreta del principio de igualdad de armas, no solo para la defensa sino también para la Fiscalía, al permitírsele que conozca el material de convicción que la contraparte ha podido recopilar desde el momento en que se presentó la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que se tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido”.

Aunado a lo anterior resaltó que, de conformidad a lo establecido en el artículo 344 del CPP, en la diligencia de descubrimiento el fiscal puede pedir a la defensa que le entregue copia de todos los medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio.

Por otra parte, consideró que no se configuraron los defectos especiales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones o actuaciones judiciales que permita ejecutar el amparo invocado por el apoderado del demandante y adicionó que las decisiones objeto

de disenso respetaron la garantía constitucional del debido proceso de todas las partes e intervinientes en el acto procesal.

En virtud de lo descrito anteriormente, argumentó que lo que pretendió el libelista, a través de este medio, es revivir etapas precluidas al interior del proceso penal, con el fin de subsanar la omisión de descubrir de forma oportuna los elementos materiales y evidencia física que pretendía presentar en la audiencia de juicio oral, lo cual resulta totalmente improcedente, por lo tanto, negó el amparo invocado.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo sin presentar argumentos adicionales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la segunda instancia de la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Problema jurídico

Consiste en establecer si la acción de tutela resulta admisible por satisfacer los requisitos para su viabilidad contra actuaciones judiciales y, de ser así, verificar si en el trámite de la audiencia concentrada, surtida ante el Juzgado 5° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, se vulneró el debido proceso de ARTURO GARZÓN RUBIANO.

Análisis del caso

2. Cuando esta acción se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su

procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la C-590 de 2005, es decir, que el asunto, (i) revista relevancia constitucional (ii) cumpla los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, (iii) identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados, y (vi) que no se dirija contra fallos de tutela, excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude.

Además, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

3. El accionante dirige su argumentación a demostrar que el Juzgado 5° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en el trámite de la audiencia concentrada al aplicar la sanción por incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento, sin tener en cuenta que, según el accionante, era una carga imposible de cumplir por parte de la defensa y no hubo sorprendimiento a las partes pues cumplió con la enunciación y la justificación de las solicitudes probatorias. Por tanto, considera que la decisión sobrepone la formalidad a los derechos sustanciales al impedirse la búsqueda de la verdad real.

4. En este caso, de entrada, se advierte que la tutela se torna improcedente, en virtud del carácter subsidiario de la misma, que determina que el amparo no resulta posible cuando (i) el asunto está en trámite, (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios, y (iii) se utiliza para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico (sentencia T-016/19).

5. Esto, porque la información aportada en el trámite de la acción pone de presente que, en la actualidad, el proceso penal que se adelanta por el Juzgado 5° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá se encuentra en etapa de juicio oral, es decir, no ha

concluido, y además se está utilizando para intentar revivir etapas procesales ya precluidas.

6. La realidad fáctico procesal permite concluir que el presupuesto de subsidiariedad no se cumple en este caso, porque la acción de tutela se dirige contra un proceso judicial que se halla en curso, por tanto, los cuestionamientos que se presentan en este escenario constitucional por violación a las garantías del debido proceso, deben ser discutidos al interior del mismo en las etapas procesales dispuestas para ese propósito.

Los mecanismos de defensa judicial al interior del proceso, deben agotarse antes de acudir al juez constitucional, pues al existir un escenario prevalente de discusión, la tutela demandada se torna improcedente, en los términos previstos por el artículo 6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991.

La anterior precisión cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los planteamientos expuestos en las decisiones censuradas, el motivo principal que llevó a las autoridades accionadas a rechazar las pruebas sobre las cuales gira la discusión, fue el hecho de no haber sido descubiertas en la oportunidad prevista por el legislador para tal fin, situación que se encuentra objetivamente acreditada en el expediente.

Ahora bien, la actuación de los jueces ordinarios no se enmarca en el error catalogado como exceso de ritual manifiesto en atención a que expusieron con claridad los fundamentos normativos y jurisprudenciales que justificaron la determinación de rechazo de pruebas.

No se puede, al amparo del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la [Constitución Política](#), omitir, soslayar o sustituir los procedimientos, o prescindir de las exigencias adjetivas que la normatividad procesal exige en algunos casos como condición necesaria para tener acceso al ejercicio de un derecho, por cuanto estos también cuentan, “con firme fundamento constitucional y deben ser fielmente acatadas en las actuaciones de los jueces” (Corte Constitucional, sentencia C-173-19).

En consecuencia, se impone confirmar la decisión de primera instancia.

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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. Confirmar el fallo impugnado.
2. Notificar esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria