

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Magistrado Ponente

Radicación n.º 120574

STP16872-2021

(Aprobado Acta n.º 310)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela promovida por Buanerges Florencio Rosero Peña, quien acude a través de apoderado judicial, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Al presente trámite fueron vinculados la Fiscalía 8ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría 2ª para la Investigación y el Juzgamiento Penal y la Contraloría General de la República

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la acción

1.1. En contra de Buanerges Florencio Rosero Peña, en su condición de Gobernador del Departamento de Putumayo, se adelanta un proceso penal por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y

falsedad ideológica en documento público.

1.2. La audiencia de formulación de imputación se celebró el 20 de octubre de 2020 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. El 9 de noviembre de esa anualidad, se le impuso a Rosero Peña medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

1.3. La Fiscalía 8ª Delegada ante esta Corporación presentó escrito de acusación, el cual se verbalizó en sesiones del 26 de enero y 11 de febrero de 2021, ante la Sala Especial de Primera Instancia.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 15, 21, 27 y 28 de abril, 4 y 5 de mayo y, 7 de julio de 2021. Contra la determinación que resolvió las estipulaciones probatorias la defensa del acusado interpuso recurso de apelación y mediante auto CSJ AP3484-2021, 11 ag. 2021, rad. 59867, la Sala de Casación Penal la ratificó.

En la actualidad está pendiente por iniciar el juicio oral.

1.3. El 12 de agosto de 2021 un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, concedió la libertad provisional del procesado, en aplicación del numeral 5º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

1.4. El delegado de la Fiscalía solicitó audiencia preliminar de control de garantías en la que solicitó, entre otros, la imposición de medidas de aseguramiento, no privativas de la libertad. En audiencia del 8 de octubre del presente año, el Ponente negó esa pretensión.

Contra esa determinación, el ente acusador y el apoderado de la víctima [Contraloría General de la República], interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto el 12 de octubre siguiente, en forma favorable. Por tanto, ordenó imponer medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en la prohibición de comunicarse con Jorge Alberto

Molina Giraldo [ex secretario de Salud del Putumayo], William Díaz Chamorro [ex asesor del Gobernador], Alexandra Benavides González y Gloria Fanny Chavez Cadena [supervisoras del contrato objeto de imputación].

1.5. Inconforme con la anterior determinación, Buanerges Florencio Rosero Peña, por conducto de abogado, promovió acción de tutela contra el Tribunal demandado, por la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Insistió en que su libertad no fue consecuencia de la aplicación del párrafo 1º del precepto 307 del Código de Procedimiento Penal, por lo que «no es dable ni siquiera a la Fiscalía General de la Nación solicitar la Juez de Control de Garantías la aplicación final de éste párrafo para pretender sustituir una medida de aseguramiento con fundamento en ésta norma, a sabiendas que la vigencia de la medida de aseguramiento que se había impuesto al ciudadano fue producto de una causal de libertad de las consignadas en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, que conlleva otros presupuestos fácticos; y esta última norma no comporta la posibilidad de sustitución de medida cuando ésta ha expirado».

Aseguró que el Tribunal demandado incurrió en un defecto fáctico, porque de los elementos materiales probatorios expuestos por la Fiscalía no se puede inferir la obstrucción a la justicia respecto de los testigos, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 309 de la Ley 906 de 2004.

Afirmó que la petición expuesta por el ente acusador fue «genérica» pues no indicó las razones por las que podía incidir negativamente en los testigos del proceso que se adelanta en su adversidad.

Adujo que a excepción de Jorge Alberto Molina Giraldo [quien es requerido por la Fiscalía y su apoderado], se trata de declarantes exclusivos de la defensa, por lo que considera que la orden de restricción de comunicación con ellos, «constituye un exceso de la judicatura

respecto de la prohibición enunciada».

Solicitó amparar sus derechos fundamentales y, en consecuencia, dejar sin efecto las decisiones emitidas el 8 y 12 de octubre de 2021 por el Magistrado con funciones de control de garantías del Tribunal Superior de Bogotá.

2. Las respuestas

2.1. El Jefe de la Unidad de Intervención Judicial de la Contraloría General de la República solicitó despachar en forma desfavorable las pretensiones de la demanda, como quiera que las determinaciones objeto de reproche se ajustan a la normatividad vigente y no se observa vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

2.2. El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, realizó un recuento de las audiencias celebradas por su despacho en sede de control de garantías, e indicó que en los registros de las mismas se pueden analizar los fundamentos tenidos en cuenta para acceder a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad en adversidad del actor.

CONSIDERACIONES

1. La competencia

Es la Corte es competente para conocer de la petición de amparo al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, toda vez que el ataque involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, respecto del cual ostenta la calidad de superior funcional.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia de la parte

accionante, al decretar en su adversidad la medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Para tal fin, se verificarán las causales de procedibilidad.

3. La procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales

En repetidas ocasiones la jurisprudencia ha reiterado que el amparo constitucional contra providencias judiciales es no sólo excepcional, sino excepcionalísimo. Ello para no afectar la seguridad jurídica y como amplio respeto por la autonomía judicial garantizada en la Carta Política.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia CC T - 780-2006, dijo:

[...] La eventual procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y otras providencias que pongan fin al proceso tiene connotación de excepcionalísima, lo cual significa que procede siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos muy estrictos que la jurisprudencia se ha encargado de especificar. [Negrillas y subrayas fuera del original].

Para tal fin, se deben cumplir una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros específicos, que apuntan a la procedencia misma del amparo¹. De manera que quien acude a él tiene la carga, no sólo de su planteamiento, sino de su demostración.

Dentro de los primeros se encuentran:

- a) Que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional.
- b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

c) Que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable.

e) Que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

f) Que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la transgresión y los derechos vulnerados, y, además, que esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible.

g) Que no se trate de sentencias de tutela.

Los segundos, por su parte, apuntan a que se demuestre que la providencia adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, o carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución.

4. Caso concreto

4.1. En el presente evento Buanerges Florencio Rosero Peña trae a esta sede excepcional, la inconformidad que tiene con las decisiones adoptadas el 8 y 12 de octubre de 2021, mediante las cuales se dispuso a imponer en su adversidad, medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en la prohibición de comunicarse con Jorge Alberto Molina Giraldo [ex secretario de Salud del Putumayo], William Díaz Chamorro [ex asesor del Gobernador], Alexandra Benavides González y Gloria Fanny Chavez Cadena [supervisoras del contrato objeto de imputación]; actuación que presenta como trasgresora de sus garantías fundamentales, pero su pretensión es expuesta más como un recurso ordinario, que como una real afectación habilitante de la intervención del juez constitucional².

Lo anterior, porque pretende que el juez de tutela revoque esas determinaciones, convirtiendo con su actuar, el mecanismo de amparo en una tercera instancia donde se haga eco de sus pretensiones, pero ello es improcedente, pues tutela no es una fase adicional en la que se intente revivir etapas procesales ya fenecidas y que se sustentan en decisiones amparadas bajo las presunciones de acierto, legalidad y constitucionalidad.

Ahora bien, revisadas las decisiones cuestionadas, se observa que el Magistrado analizó el caso concreto, las disposiciones legales previstas referentes a la sustitución de la medida de aseguramiento, conforme con lo previsto en el artículo 307 de Ley 906 de 2004, concluyendo que era procedente restringir la comunicación de Buanerges Florencio Rosero Peña con los testigos que deben rendir declaración dentro del proceso que se adelanta en su contra por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público. Al respecto, dicho funcionario en audiencia del 12 de octubre de 2021, indicó:

[...] se resuelve sobre los recursos de reposición interpuestos por el delegado fiscal y por el representante de las víctimas contra la decisión adoptada en la sesión de esta audiencia el pasado 8 de octubre del año en curso, en la que se negó la imposición de varias medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, según lo pretendido por el señor Fiscal presente en esta diligencia.

Descartadas en la providencia original las medidas de obligación de presentarse periódicamente cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, la obligación de observar una conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, de prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa y, por último, la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes

o la fianza de una o más personas idóneas, el delegado de la Fiscalía en su reposición esencialmente solicitó que se impusiera al doctor BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA la prohibición de comunicación con los señores JORGE ALBERTO MOLINA GIRALDO – Secretario de Salud del Departamento del Putumayo, WILLIAM DIAZ CHAMORRO- Ex asesor del despacho del señor Gobernador de esa entidad territorial, y ALEXANDRA BENAVIDES GONZALEZ y GLORIA FANNY CHAVEZ CADENA -supervisoras del contrato 547 de 2020-.

El representante de la víctima hizo similar solicitud. Contaron con el respaldo de la señora procuradora y la oposición de la defensa. ¿Sobre la base de qué?. De acuerdo con el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, se entiende que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podría inducir a coimputados o testigos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente con la administración de justicia.

Revisados los argumentos expuestos en las impugnaciones y en su traslado se encuentra que dadas múltiples circunstancias que concurren en la relación entre el acá procesado doctor ROSERO PEÑA y los señores MOLINA GIRALDO, DIAZ CHAMORRO, BENAVIDES GONZALEZ y CHAVEZ CADENA, fundadas en su condición de servidores públicos antiguos subalternos del primero y residentes en una región donde aquel es la máxima autoridad administrativa, donde es relativamente fácil que tengan comunicación y que tienen intereses comunes en relación con los hechos materia de ésta causa, por estar algunos incursos en otro proceso sobre el mismo facto, se estima viable reconsiderar la decisión adoptada en la última sesión porque de dichas condiciones se puede inferir que se cumple el fin de protección de la prueba por practicarse, la cual es de mucha más relevancia respecto de la declaración del doctor JORGE ALBERTO MOLINA GIRALDO, simultáneamente testigo de la Fiscalía y de la defensa.

Habiéndose acreditado por el señor Fiscal en su intervención inicial ampliamente los

motivos para estimar que hay una inferencia razonable sobre la participación imputada al doctor ROSERO PEÑA en lo que se le censura en relación con el contrato para la compra de las ambulancias medicalizadas materia de esta actuación, se considera viable que sin perjuicio del legítimo derecho de defensa como lo indica el numeral 7º del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal se le prohíba mantener comunicación con los acabados de mencionar, con finalidad distinta del ejercicio debido de su defensa so pena de que en caso de incumplimiento de este deber se verá sometido a la aplicación de los correctivos incluidos en el inciso 2º del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la sustitución de la medida de aseguramiento por otra de reclusión en el lugar de residencia o no privativa de la libertad, dependiendo de la gravedad del incumplimiento y en caso de uno nuevo con la imposición de detención preventiva.

Es de señalar que la aplicación de ésta consideración procura únicamente la afectación necesaria de los derechos del doctor ROSERO PEÑA, en función de la protección de la prueba pendiente del recaudo por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, señalando que todos los mencionados se encuentra, la escucha de todos los señalados se encuentra ordenada dentro de la actuación como testigos dentro de las limitaciones acabadas de anotar y se considera idónea para ese propósito, sin perjuicio de señalar que con ella no se pretende poner en duda la presunción de inocencia que ampara al doctor ROSERO PEÑA, ni mucho menos hacer cuestionamiento alguno respecto del reconocido ejercicio profesional del señor defensor.

En consecuencia, por lo dicho se resuelve imponer medida de aseguramiento no privativa de la libertad al doctor BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA consistente en la prohibición, en los términos atrás explicados, de comunicarse con los señores JORGE ALBERTO MOLINA GIRALDO, WILLIAM DIAZ CHAMORRO, ALEXANDRA BENAVIDES GONZALEZ y GLORIA FANNY CHAVEZ CADENA, con la precisión de que con esta medida no se afecta el legítimo ejercicio de su derecho a la defensa³.

Así las cosas, se observa que, al interior de las referidas audiencias, tanto Buanerges Florencio Rosero Peña como su defensor, tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa, y si bien no se accedió a sus postulaciones, también lo es que el Tribunal demandado explicó en forma clara y razonable los motivos que los llevaron a la decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad reclamada por la Fiscalía General de la Nación. Se aprecia que la autoridad accionada, al momento de resolver el caso concreto, realizó una interpretación razonable y ponderada de las normas jurídicas vigentes, sin que se observe imperiosa la intervención del juez de tutela.

4.2. No se puede pasar por alto que el proceso seguido en adversidad de Buanerges Florencio Rosero Peña por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público, aún se encuentra en curso pendiente de iniciar el juicio oral. De tal suerte que, es en esa causa, donde el interesado deberá ejercer todas las prerrogativas que les otorga la Ley 906 de 2004 para la defensa de sus intereses, en la medida en que el presente mecanismo ha sido instituido para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, pero no es una tercera instancia a la de los jueces competentes.

Por las anteriores razones, el amparo será negado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 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

Primero. Negar el amparo propuesto por Buanerges Florencia Rosero Peña, a través de apoderado judicial.

Segundo. Ordenar que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de

esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Gerson Chaverra Castro

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Fallo C-590 de 08 de junio de 2005 y T-332 de 2006.

2 Para la doctrina, un recurso ordinario se pretende camuflar como demanda de tutela cuando: “La pretensión y la resistencia interpuestas en la demanda y en la contestación son las mismas que continúan en el recurso; el actor que pidió la condena del demandado, la estimación de la pretensión, si es el que impugna la sentencia de instancia sigue pidiendo en el recurso lo mismo; el demandado, que pidió su absolución, sigue por medio del recurso pidiendo lo mismo. Los tres elementos de la pretensión (partes, hechos y petición) no cambian cuando se trata de los medios de impugnación en sentido estricto, es decir, de los recursos.” En ese sentido, MONTERO AROCA, Juan, El sistema de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, En: Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y responsabilidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 475.

3 Cfr. Minuto 3:39 a 8:16. Archivo digital: 2. Audiencia 12 de octubre – Buanerges.mp4.