

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP9353-2021

Radicación n.º 117628

(Aprobación Acta No.189)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de ENRIQUE EDUARDO CÁRDENAS CASTRO, contra el fallo de tutela proferido el 8 de junio de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que declaró improcedente el amparo invocado contra la Fiscalía 56 Seccional de Bogotá.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

El apoderado de Enrique Eduardo Cárdenas Castro manifestó que la Fiscalía 56 de Delegada ante los Jueces Penales del Circuito -Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales-, adelanta proceso penal por el delito de pornografía con personas menores de

18 años bajo el radicado 110016000000201801774, el cual se encuentra pendiente para llevar a cabo audiencia de juicio oral ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama los días 24 y 25 de junio de 2021.

Expuso que, en audiencias preliminares del 22 de junio de 2018 llevadas a cabo ante el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se realizó la legalización de la captura del indiciado, del registro y allanamiento de los elementos incautados, la recuperación de información de datos a través de redes de comunicación, además se hizo imputación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario.

Refirió que la acusación se llevó a cabo ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama el 25 de septiembre de 2018 en la que se planteó una nulidad por la defensa que fue despachada de manera desfavorable siendo objeto de apelación que fue resuelto por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo mediante auto del 28 de noviembre de 2018, procediendo el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama a culminarla el 25 de marzo de 2019, y en la cual la Fiscalía realizó el descubrimiento probatorio al profesional del derecho que ejercía la defensa técnica del procesado.

Agregó que la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 20 de septiembre de 2019, en la que solicitó el rechazo por no descubrimiento de algunos elementos probatorios, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, específicamente, de la prueba relacionada como «memoria USB marca KINGSTON serie KF8292392 con capacidad de 16 GB», descrita como evidencia de la Fiscalía en el numeral 2.1 del escrito de acusación «con un archivo denominado OP ELIPSIA COLOMBIA» que contiene, la información proporcionada por la Guardia Civil Española, en el acta de entrega de elementos del 25 de septiembre de 2018, con sus respectivas actas de legalización ante el Juez de control de Garantías.

Manifestó que la Fiscalía omitió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, ello por cuanto no hizo entrega de las actas de las respectivas audiencias de búsqueda selectiva en base de datos de control posterior ante el Juez de control de Garantías, en medio magnético; del informe de investigador de campo FPJ-11 del 01 de marzo de 2018 con sus respectivos anexos; el informe de investigador de campo FPJ-11 del 07- 03 de 2018 con sus respectivos anexos, el informe de campo FPJ-11 del 19- 04-2018 con sus respectivos anexos, los cuales se adjuntaron al control previo de búsqueda selectiva en base de datos de fecha 06-02 de 2018, no obstante pese a las múltiples solicitudes, la Fiscalía se niega a realizar la entrega del acta y del CD del control posterior.

Adujo que, solicitó el rechazo por no descubrimiento, de las actas de control Previo y Posterior en Búsqueda Selectiva en base de datos en lo que respecta al informe de investigador de campo FPJ3, así como, el rechazo por no descubrimiento de la prueba relacionada con los operadores de telecomunicaciones Claro, Movistar, Tigo, entre otros, con fundamento en el artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

Refirió que, Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, despachó de manera desfavorable la petición de rechazo probatorio, decisión que fue objeto de recurso de apelación resuelta por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante auto del 28 de abril de 2020, que frente al descubrimiento probatorio refirió que: «(...) atendiendo a los fines del descubrimiento dentro del procesamiento con tendencia acusatoria, no encuentra esta Corporación óbice para que el mismo se termine de efectuar de manera excepcional por fuera del estricto término determinado por el legislador, tal y como lo ordenó el A quo, manteniéndose la indemnidad del proceso con una entrega material del elemento (imagen forense de la USB), con suficiente antelación al inicio del juicio oral (...)».

Explicó que, el Tribunal no se pronunció respecto de la solicitud de rechazo de los demás elementos materiales probatorios solicitados por la defensa, por ello una vez proferida esa decisión le ha solicitado a la Fiscalía 56 Seccional en reiteradas oportunidades cumpla con

lo dispuesto por el Tribunal, y le ha sido informado por la Fiscalía se comunique con el patrullero José Bobadilla, investigador quien le informó que lo que tiene que ver con actas de control previo y posterior, debe solicitarlas ante el Fiscal de conocimiento y respecto a la USB, manifestó que él mismo haría la entrega a la persona indicada para recibirla.

Expuso que delegó a la perito de la defensa Sonia Grazt quien le informó que el 8 de octubre de 2020, finalmente le fue entregada por la Fiscalía una USB marca Kinstong serie Número KF8292392 con capacidad de almacenamiento de 32 GB, mediante acta de entrega No. FPJ-30 a las 10:40 a.m.

Dijo que, la perito al hacer el análisis de la USB, pudo establecer que no se dejaba descargar la imagen forense, procediendo la profesional a elaborar un informe en el cual explicó a la defensa las razones por las cuales, no se pudo trasladar la información de la USB inicialmente mencionada 16GB que fue copiada por el funcionario judicial del almacén de evidencias de la Fiscalía en la USB de 32GB y que no se pudo trasladar a ninguna CPU, por lo que no se ha podido hacer el análisis y verificación de la información.

Debido a lo anterior, manifestó que requirió en varias oportunidades al Fiscal, la entrega de la copia del original y le descubrimiento de los elementos materiales probatorios pero no ha sido atendida positivamente su solicitud, pues según la Fiscalía ya feneció esa etapa procesal y en el caso de la USB, debe ser sometido a estudio y verificación por los peritos del centro cibernético policial.

Expresó que esa situación vulnera su derecho constitucional fundamental al debido proceso por que al no realizar el descubrimiento probatorio la defensa no puede tener acceso al contenido de los elementos materiales probatorios, en ese sentido solicitó se haga entrega de los elementos solicitados.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo invocado, 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 decisiones del proceso penal que cursa en contra del accionante, es ante el mismo juez ordinario.

Aseveró que, en el presente asunto, no se evidencia la amenaza de un perjuicio irremediable que justifique la intervención del juez constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionante interpuso recurso de impugnación, y solicitó que se revoque 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 a quo no analizó los hechos y argumentos que sustentaron la demanda constitucional, cuando es evidente la configuración de un perjuicio irremediable al tratarse el presente asunto de una persona privada de la libertad.

Manifestó que, “desde un punto de vista procedimental el Tribunal tendría razón en que se debería acudir al Juicio Oral y hacer la alegación con el fin de oponernos a la introducción de dichos EMP. Pero dentro de la petición misma, se puso en conocimiento para su análisis las situaciones circunstanciadas que ha tenido desarrollo de la actividad de cada una de las partes dentro del proceso.”

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 ENRIQUE EDUARDO CÁRDENAS CASTRO, contra el fallo de tutela proferido el 8 de junio de

2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que declaró improcedente el amparo invocado contra la Fiscalía 56 Seccional de Bogotá.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela contra providencias judiciales, exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- 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 de ENRIQUE EDUARDO CÁRDENAS CASTRO, por parte de la Fiscalía 56 Seccional de Bogotá, con ocasión del proceso penal 2018-01774, 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 2018-01774, se encuentra en curso.

A partir de las alegaciones presentadas por la parte accionante en su recurso de impugnación, la Sala advierte que el fundamento de su solicitud de amparo es el desacuerdo con el descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía accionada, al interior del proceso penal de referencia.

Ahora bien, 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.

Aunado a lo anterior, resalta esta Sala que, tal como lo expuso el a quo, si la parte demandante consideró que el descubrimiento probatorio realizado por la convocada fue incompleto, debió solicitar en audiencia de juicio oral -programada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, para los días 24 y 25 de junio de 2021-, el rechazo de las pruebas que consideraba.

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.

Se insiste en que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de los derechos que se estimen lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues para ello el ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de instrumentos que, precisamente, buscan garantizar la corrección de las decisiones judiciales que se adopten en su interior⁵.

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

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

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, 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.