



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP 15355-2022

Tutela de 2ª instancia No. 124663

Acta No. 223

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Resolver la impugnación interpuesta por **GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA**, contra el fallo de tutela proferido el 6 de junio de 2022 por la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que negó el amparo promovido en contra del Juzgado 1º Penal del Circuito de Duitama, la Procuraduría delegada para Asuntos Penales y la Personería de dicho municipio.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. En contra de GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHA, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama, adelanta el proceso penal con radicado No. 152386000212201900899, por los delitos de obtención de documento público falso y fraude procesal, en el que fue programada la celebración de la audiencia preparatoria de juicio oral para el 17 de junio de 2022.

2. El actor considera que la referida autoridad judicial vulnera su derecho fundamental al debido proceso, en tanto que no ha resuelto la solicitud que elevó el 3 de marzo de 2022 tendiente a que se declarara la nulidad de lo actuado, con fundamento en:

2.1. La negativa del fiscal que conoció de la actuación en la etapa de indagación, en vincular a la misma, bien sea como imputados o testigos, a los señores Juan José y César Fernando Álvarez Ochoa.

2.2. La vulneración de su derecho a la defensa técnica, toda vez que, el 3 de febrero de 2022, se realizó la audiencia de formulación de acusación sin su presencia, pese a la solicitud de aplazamiento que elevó debido a que, con anterioridad y en forma insistente, intentó establecer comunicación con la abogada designada por el sistema de

Defensoría Pública, quien hizo caso omiso a sus requerimientos.

3. Como quiera que a la fecha el Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama no ha dado respuesta a dicho requerimiento, el 13 de abril de 2022 solicitó a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, adelantar una visita especial al proceso de la referencia a efecto de establecer la necesidad de constituir una agencia especial, sin que tampoco se hubiese pronunciado al respecto.

4. Con sustento en el anterior marco fáctico, GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA solicitó el amparo de su derecho fundamental de petición y, en consecuencia, se ordene al Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama y a la Procuraduría accionada dar respuesta satisfactoria a sus solicitudes.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

- En auto del 24 de mayo de 2022 se admitió la demanda de tutela y se ordenó correr traslado de su contenido al Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama, a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, así como a las demás partes e intervinientes en el proceso penal 15238600021220190089900.

Inicialmente se recibieron los siguientes informes:

1. El **Procurador 165 Judicial Penal II de Santa Rosa de Viterbo**, explicó que los reparos que hace el accionante al

actuar de la Fiscalía en la solicitud de nulidad, obedecen, tal vez, a su desconocimiento de la dinámica del Sistema Penal Acusatorio.

Frente a la actividad de la defensora que inicialmente lo representaba, adujo que le consta que aquella asistió a todas las audiencias a las que fue convocada y que, finalmente, la Defensoría Pública le designó otra profesional en atención a la solicitud que elevó tendiente a que fuera reemplazada.

Reconoce que, en efecto, el accionante solicitó la constitución de una agencia especial sobre el proceso que se tramita en su contra, para lo cual dispuso oficiar al Personero Municipal de Duitama, actuación que comunicó al procesado mediante oficio del pasado 20 de abril.

2. El **Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama** informó que, en el proceso que se sigue contra el accionante, se realizó el pasado 3 de febrero la audiencia de formulación de acusación, y fue programada, para el 17 de junio de 2022, la audiencia preparatoria de juicio oral.

Destacó que el pasado 2 de marzo recibió la solicitud de nulidad interpuesta por GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, respecto de la cual le comunicó que sería atendida en audiencia, en atención al principio de oralidad.

Finalmente, advirtió que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, por lo que solicitó negar el amparo de los mismos.

3. La **Fiscalía 10° Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Duitama** solicitó negar por improcedente el amparo constitucional invocado. Precisó que para la validez de la audiencia de formulación de acusación no es necesaria la presencia del procesado no privado de la libertad, y subrayó que, en ese asunto, el actor, en forma voluntaria, optó por no comparecer pese a tener conocimiento de su realización con muchos meses de antelación.

4. La defensora pública **María del Carmen Vargas Acevedo** informó que, desde el mes de febrero de 2022, le fue asignada la defensa de GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, con quien ha intentado establecer, sin éxito, comunicación telefónica.

5. La abogada adscrita a la Defensoría del Pueblo, **Sandra Patricia Mesa Rodríguez**, aseguró, contrario a lo afirmado por el actor, que sí intentó establecer comunicación con él sin lograrlo, debido a que siempre ha mostrado total indiferencia frente a las resultas de la actuación.

Explicó que, el 18 de septiembre de 2021, concertó una reunión virtual con el procesado y sus dos hermanos, a la que aquel no asistió alegando motivos personales.

Que en comunicación telefónica que sostuvo con GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, el 5 de octubre de 2021, le dio a conocer las conversaciones que mantuvo con la Fiscalía relacionadas con la celebración de un posible preacuerdo, en respuesta de lo cual aquel aseguró no contar

con dinero para indemnizar a las víctimas. Y el 25 de octubre le insistió sobre la posibilidad de realizar el preacuerdo, previo el cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, oportunidad en la que, además, lo requirió para que aportara los elementos materiales probatorios que eventualmente serían descubiertos en la audiencia preparatoria.

Que el 23 de noviembre del año anterior intentó establecer comunicación telefónica, más no fue posible. Y el 3 de febrero de 2022, previo a la instalación de la audiencia de acusación, le envió el enlace de la misma, sin que se conectara.

Por razón de lo anterior, consideró no haber vulnerado los derechos fundamentales del actor. En consecuencia, solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela.

- En fallo del 6 de junio de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó el amparo constitucional invocado, determinación que fue impugnada por el actor.

Esta Corporación, en auto ATP1124 del 21 de junio de 2022, decretó la nulidad de lo actuado al advertir la necesidad de vincular al presente trámite a la Personería Municipal de Duitama, autoridad que fue vinculada por la primera instancia en auto del 23 de agosto de 2022.

Dicha autoridad dio a conocer que, de conformidad con la Resolución No. 0372 de 2020 expedida por la Procuraduría General de la Nación y demás normas concordantes, son los Procuradores Judiciales I y II los competentes para ejercer la vigilancia especial pretendida por el actor, por tratarse de una actuación tramitada por un Juzgado Penal del Circuito.

Que esa situación fue comunicada al accionante en oficio del 25 de agosto de 2022 el cual fue anexado a la respuesta, así como la determinación por medio de la cual ordenó practicar una visita especial al proceso cuestionado, en aras de verificar el trámite dado a la petición elevada el 3 de marzo de 2022.

En consideración a dicha respuesta, la Colegiatura de primera instancia dispuso requerir nuevamente a la Procuraduría 165 Judicial Penal II de Duitama, quien reiteró los argumentos expuestos en la primera oportunidad.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, al encontrar que, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama y el Procurador 165 Judicial Penal II, atendieron oportunamente sus requerimientos.

Lo anterior dado que i) la autoridad judicial le informó que su solicitud de nulidad sería atendida en la audiencia

preparatoria programada para el 17 de junio de 2022, y ii) el agente del Ministerio Público le comunicó que remitió su petición, por competencia, a la Personería Municipal de Santa Rosa de Viterbo.

LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, quien plantea que la Colegiatura de primera instancia erró al considerar que la garantía fundamental presuntamente vulnerada era el debido proceso, pues él, con claridad, hizo referencia al quebrantamiento del derecho de petición por la tardanza del juzgado accionado en resolver la solicitud de nulidad que elevó desde el pasado 3 de marzo.

A su parecer, la audiencia preparatoria de juicio oral no puede celebrarse sin que, con anterioridad, se resuelva su petición de nulidad.

De otra parte, reprocha que la Personería Municipal de Duitama respondiera fuera del término la petición relacionada con la vigilancia judicial y que indicara, además, que la autoridad competente para adelantar la vigilancia eran los procuradores judiciales I y II.

Finalmente, insiste en la vulneración de su derecho fundamental a la defensa técnica, pues a pesar de que su anterior defensora fuera relevada del cargo, ha sido él quien en forma directa ha ejercido la representación de sus intereses y no ha recibido el apoyo de su actual representante

judicial, María del Carmen Vargas Acevedo, quien, en su concepto, ninguna manifestación ha hecho frente a las irregularidades que se vienen presentando en el proceso que se sigue en su contra.

En tal sentido, asegura que ningún apoyo ha recibido de su defensora frente i) a las solicitudes de nulidad y de constitución de agencia especial, y ii) a la acción de tutela y su respectiva impugnación, pese a que se están lesionando sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si la acción de tutela es procedente y cumple la exigencia de subsidiariedad para cuestionar la no resolución de postulación de nulidad que, desde el mes de marzo, elevó ante el Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama.

Además, si la Procuraduría 165 Judicial Penal II de Duitama vulneró su derecho fundamental al debido proceso al no imprimirle el trámite legalmente establecido a la petición del actor encaminada a la constitución de una agencia especial en el referido proceso penal.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública, o los particulares en los casos establecidos en la ley.

2. De la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar procesos en curso.

2.1. Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, es necesario para su procedencia que cumpla, entre otros presupuestos generales, el de subsidiariedad, y se demuestre 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).

2.2. El presupuesto de la subsidiariedad implica que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su

disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

La jurisprudencia ha sostenido que en acciones contra decisiones o procedimientos judiciales, esta limitante se estructura cuando, i) **existe un proceso judicial en curso**, (ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al accionante no se han agotado, y (iii) es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C. sentencia T-103/2014).

2.3. De la información recopilada en esta actuación se establece que en contra de GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama adelanta el proceso penal con radicado No. 15238600021220190089900, el que, en la actualidad, se encuentra pendiente la celebración de la audiencia de juicio oral.

Para la Sala, es claro que el presupuesto de subsidiariedad no se cumple, porque el proceso cuestionado se encuentra en curso, lo que significa que es al interior de la referida actuación donde deben plantearse las inconformidades que por este trámite excepcional se proponen, dado que la acción de tutela no es una tercera instancia a la que sea dable acudir para que se revise la actuación cuestionada.

2.4. De tal suerte que es allí donde el actor debe alegar los hechos que a su parecer constituyen una afrenta a sus derechos fundamentales, como lo son las razones que lo llevaron a invocar la nulidad de la actuación, así como la vulneración a su derecho fundamental a la defensa técnica.

2.5. No sobra en este punto aclarar al accionante que, ninguna irregularidad se advierte en el hecho que el Juzgado accionado resuelva su solicitud de nulidad en audiencia, pues ello responde al principio de oralidad previsto en el artículo 9° de la Ley 906 de 2004, conforme al cual, *«La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación»*.

3. De la solicitud de agencia especial

3.1. En atención a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público intervendrá en el proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio económico, o de los derechos y garantías fundamentales, para lo cual podrán constituirse agencias especiales en procesos de significativa e importante relevancia.

De conformidad con la anterior normativa, la Procuraduría General de la Nación expidió la Resolución No. 248 de 2014, por medio de la cual se establecen los criterios de intervención penal de los Procuradores Judiciales I y II y de los Personeros Municipales y Distritales.

El artículo 34 de la aludida resolución consagra que las agencias especiales serán de intervención obligatoria y serán constituidas por el **Procurador General de la Nación** o por el **Procurador Delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales**, cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

i) cuando se den circunstancias que puedan afectar las garantías procesales del sujeto activo y la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, *ii)* en eventos de alarma social, en los que se determine que la conducta punible ha causado gran impacto en la colectividad y, *iii)* en aquellos casos en los que el Procurador General de la Nación o la Procuraduría Delegada del Ministerio Público para Asuntos Penales así lo determinen, en ejercicio de su poder discrecional y de acuerdo a las políticas generales de intervención en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

3.2. En el asunto que nos convoca, el pasado 13 de abril, GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA solicitó a la Procuraduría 165 Judicial Penal II, *“adelantar visita especial al proceso de la referencia, por parte de un procurador judicial en lo penal o de uno de los abogados adscritos a la delegada para el Ministerio Público en asuntos penales, a fin de establecer la necesidad de constituir una agencia especial dentro del proceso penal objeto de análisis”*.

Solicitud que elevó en atención a la tardanza del Juzgado 1° Penal del Circuito de Duitama en resolver la

solicitud de nulidad del proceso penal que se sigue en su contra.

3.3. En respuesta a tal requerimiento, el procurador accionado informó a GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA que corrió traslado de su solicitud al Personero Municipal de Duitama, para que, de acuerdo a los hechos narrados en la petición, dé respuesta a la misma.

Acto seguido le explicó que, *“el sistema penal colombiano es de tipo adversarial, con énfasis en la oralidad y, por tal razón, las peticiones como la de nulidad, requieren que se tramiten en audiencia pública, para que las demás partes conozcan el contenido de la petición y puedan presentar sus correspondientes conceptos para que sean tenidos en cuenta por el juez de conocimiento al resolver la petición. Además, las solicitudes de nulidad tienen una oportunidad expresamente señalada en la ley (art. 339 inciso 1° Ley 906 de 2004); vale decir, no en cualquier momento del proceso se puede proponer una nulidad.”*

También le informó que ha intervenido en todas las audiencias celebradas al interior del proceso penal objeto de censura, como garante de los derechos fundamentales de todos los intervinientes.

3.4. La remisión de esa petición ante la Personería Municipal de Duitama no surtió ningún efecto, por lo que, a la fecha, la postulación de constitución de la agencia especial no ha sido resuelta por la autoridad competente.

Lo anterior porque, como quedó visto, la autoridad encargada de definir la viabilidad de la agencia especial es el Procurador General de la Nación o el Procurador delegado para el Ministerio Público en Asuntos Penales. Si ello es así, era a las referidas autoridades que el Procurador 165 Judicial Penal II de Duitama debió remitir la petición que en ese sentido elevó GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA.

Lo anterior impone revocar el fallo impugnado para, en su lugar, conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso de GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA. En consecuencia, se ordenará a la Procuraduría 165 Judicial Penal II de Duitama que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, remita a la Procuraduría General de la Nación o a la Procuraduría delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, la solicitud de constitución de agencia especial que elevó el accionante en relación con el proceso penal con radicado No. 15238600021220190089900.

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,

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo impugnado y en su lugar, **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso de GABRIEL ANTONIO ÁLVAREZ OCHOA.

2. ORDENAR a la Procuraduría 165 Judicial Penal II de Duitama que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, remita a la Procuraduría General de la Nación o a la Procuraduría delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, la solicitud de constitución de agencia especial que elevó el accionante en relación con el proceso penal con radicado No. 15238600021220190089900.

3. Confirmar en lo demás el fallo de primera instancia.

4. NOTIFICAR este proveído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVIAR** 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