



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

STP3280-2019
Radicación No. 103278
Acta 60

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, trámite que se extendió a la Fiscalía 20 Seccional de la Unidad de Administración Pública de esa capital, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, igualdad y dignidad humana.

1. LA DEMANDA

Los fundamentos que sustentan la petición de amparo se resumen en los siguientes términos:

1. En el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla cursa el proceso en contra de Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por aplicación oficial diferente y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, dentro del cual el procesado, dada su calidad de abogado, ejerce la defensa técnica y material.

2. La «*etapa probatoria*» concluyó desde el 2014 sin que se hubiese dado inicio al juicio oral, hecho que atribuye a la Fiscalía al dilatar la actuación sin justificación alguna.

3. Afirma el actor que en audiencia celebrada el 11 de enero de 2019, presentó solicitud de preclusión que sustentó en la inexistencia del hecho investigado respecto de la primera conducta punible referida en precedencia y por prescripción de las otras.

4. El Juzgado de conocimiento, en providencia emitida en la fecha anotada, resolvió: 1) rechazar de plano, por improcedente, la petición que sustentó en la causal 3ª del artículo 332 del C. de P.P., esto es, por inexistencia del hecho investigado; 2) negarla en relación con el delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público falso, y 3) precluir la investigación respecto del

delito de peculado por aplicación oficial diferente, al haberse configurado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

La decisión fue notificada en estrados, habilitándose los recursos de ley únicamente frente a los numerales 2 y 3.

5. El implicado presentó recurso de queja respecto del numeral 1, razón por la cual la actuación fue remitida a la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla y en providencia del 25 de enero último lo desechó de plano, al estimar que el procesado no estaba facultado para deprecar la preclusión y tampoco promover la queja, toda vez que debía estar representado por un abogado, ya sea contractual o de la defensoría pública, independientemente que ostente tal calidad, pues la defensa técnica y material no podía confluir en una misma persona, posición que basó en la sentencia C-210 de 2007.

6. Cuestiona la decisión del a quo al estimar que no era procedente rechazar de plano la petición de preclusión y mucho menos negar el recurso de apelación, el cual resultaba procedente al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 177 del C. de P.P., mientras que el auto emitido por el Tribunal, afirma, era contrario a la Constitución y la ley.

7. Según el petente, *«...este proceso penal es un falso positivo judicial, un hostigamiento criminal para causarme perjuicio por mi formación y actuaciones políticas de izquierda, tal como sin mayores elucubraciones se puede colegir con la simple lectura de la formulación de acusación...»*

8. Acorde con lo consignado, solicita la tutela de sus derechos fundamentales y consecuente con ello, se ordene al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento resuelva la solicitud de preclusión y habilite la procedencia de los recursos de ley, y, de manera subsidiaria, que el Tribunal imparta el trámite pertinente al recurso de queja interpuesto contra el auto que rechazó de plano la petición de preclusión y negó el de apelación.

2. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla:

1.1. El Secretario del Despacho indicó que al proceso en cuestión se le ha dado el impulso requerido para la evacuación del juicio oral, dentro del cual las diferentes sesiones fracasaron por circunstancias atribuibles al procesado, de manera que quien ha contribuido a la dilación no puede alegar la afectación de sus derechos.

1.2. Tras recordar apartes del auto del 11 de enero último y ahora objeto de cuestionamiento, indicó no haberse trasgredido garantía fundamental alguna dada la inviabilidad de la pretensión del actor, quien aún cuenta con la oportunidad para debatir y controvertir las pruebas que se practiquen.

1.3. Solicitó así se declare improcedente la tutela, ya que este mecanismo no podía convertirse en una instancia

adicional del proceso penal, dentro del cual se han respetado al implicado todas sus garantías.

2. Fiscal 20 de la Unidad de Administración Pública:

2.1. De acuerdo con las excepciones plasmadas por la jurisprudencia para la procedencia de la tutela cuando se cuestionan decisiones judiciales, en este específico caso, precisó que no se trataba de una cuestión de evidente relevancia constitucional y además, la parte actora no identificó el defecto, error, la ausencia de motivación, el desconocimiento del precedente, ni la violación directa de la constitución que permita adelantar el trámite de amparo deprecado, por ello no tenía la posibilidad de prosperar.

2.2. Hizo ver que no se había dado inicio a la audiencia de juicio oral en razón a las maniobras dilatorias del mismo procesado, habiéndose presentado la prescripción de uno de los delitos imputados. Agregó que con anterioridad ya había presentado solicitud de preclusión con fundamento en los mismos argumentos, pero por causal distinta, la cual le fue denegada.

2.3. La decisión del a quo estuvo ajustada a derecho y por ello no era violatoria de ninguna garantía fundamental, por cuanto el accionante pretendía reabrir un debate probatorio impertinente e inoportuno procesalmente, hecho que evidenciaba la intención de dilatar el proceso, aunado a las múltiples acciones por él interpuestas.

2.4. Concluyó que no era cierta la vulneración del derecho de defensa, ni que se tratara de un falso positivo judicial y tampoco de persecución política de ninguno de los funcionarios que han actuado en dicho asunto.

3. Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla:

3.1. El Magistrado Ponente de la decisión objeto de reproche puntualizó que los derechos fundamentales del implicado y aquí accionante han permanecido incólumes al interior del proceso seguido en su contra.

3.2. En el escrito de tutela el actor transcribió una sentencia de constitucionalidad sin que efectuara ninguna censura a la determinación emitida por esa Sala, descartando así un compromiso a las garantías de orden superior demandadas.

3.3. Luego de transcribir los fundamentos consignados en la aludida decisión, indicó que no se vislumbraba vía de hecho, único evento que haría procedente la tutela, ya que no se constituyó ningún defecto, puesto que *«...suficiente argumentación y fundamento normativo existió, los mismos que respaldan la decisión de la que equívocamente se cuestiona como trasgresora de las garantías fundamentales del actor...»*

3.4. Al no evidenciarse ninguna de las circunstancias excepcionales que permiten revertir una decisión judicial,

no era acertado atacar por medio de la tutela la providencia dictada por esa Sala.

3.5. Solicitó así se niegue el amparo deprecado por improcedente.

3. CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, toda vez que el reproche involucra una decisión adoptada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

2. Conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona ostenta la facultad para promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Importa igualmente precisar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que este mecanismo cuando se propone contra decisiones judiciales se torna excepcional,

toda vez que lejos está de ser una tercera instancia a la cual se pueda acudir con el fin de derruir los efectos de una decisión judicial, salvo que se cumpla una de las causales de procedibilidad –genéricas o específicas- que la jurisprudencia ha venido desarrollando (CC C-590-05). Constituyen aquellos los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones

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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

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

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no

¹ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación...”

Según el precedente citado, los requisitos o causales de carácter específico, hacen referencia a:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta 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.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. 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 vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.

4. En el asunto bajo estudio, el accionante cuestiona las decisiones adoptadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento y la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dentro del proceso que se sigue en su contra, según las cuales resolvieron la solicitud de preclusión que en su momento deprecó en ejercicio del derecho de defensa material y técnica, dada su condición de abogado.

4.1. Al respecto, para una mejor comprensión del asunto que se controvierte, conviene hacer breve mención a las determinaciones aludidas y que para el actor comprometieron sus derechos fundamentales:

i) Dentro del proceso en comento la Fiscalía presentó escrito de acusación y la audiencia respectiva se materializó el 31 de octubre de 2013 y el 7 de julio de 2014 tuvo lugar la preparatoria, estándose a la espera de dar inicio al juicio oral.

ii) El implicado, haciendo manifestación de su calidad de abogado, presentó solicitud de preclusión al amparo de las causales 1 y 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal para los delitos de

ocultamiento de documento público falso y peculado por aplicación oficial diferente, e inexistencia del hecho investigado frente al de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El Juzgado de Conocimiento, frente a esta a esta última causal, precisó que el petente pretendía revivir un debate probatorio no adecuado para la fase en la cual se encontraba el proceso, al intentar que la Fiscalía presentara el contrato por el que fue imputado y acusado. Consecuente con ello, decidió rechazarla de plano y estimó que contra esa decisión no procedía recurso alguno.

En punto de la otra causal, decidió denegarla respecto del delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y aceptó la preclusión por prescripción de la acción penal en cuanto al de peculado por aplicación oficial diferente.

iii) Con ocasión del recurso de queja promovido por el actor respecto de la decisión que denegó de plano la petición, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia del 25 de enero último, lo desechó de plano.

Para el Juez colegiado, de acuerdo con las normas aplicables y la jurisprudencia constitucional (sentencia C-210 de 2007), *“...el procesado debe y tiene que estar acompañado de un profesional del derecho, ello como consecuencia natural del sistema y diseño de la Ley 906/04*

y, en todo caso, como se trata de un pronunciamiento por vía de acción pública, es obligatoria, al ser erga omnes, de modo que, aun verificándose que efectivamente el señor RAFAEL ÁNGEL FONTALVO sea abogado no puede asumir su propia defensa en este caso ni en ningún otro donde tenga la calidad de indiciado, acusado, procesado, encausado, enjuiciado, según sea el caso.”

4.2. El anterior recuento procesal permite a la Sala precisar que no surge duda alguna en cuanto a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso del demandante con ocasión de la determinación de segunda instancia, circunstancia que hace necesaria la intervención del juez de tutela por ser el único medio apto para su restablecimiento.

En efecto, recordemos que en la providencia dictada por el ad quem decidió no estudiar de fondo el recurso de queja, al estimar que, de acuerdo con la normatividad que rige el asunto y la sentencia C-210 del 2007, el accionante no podía asumir su propia defensa, muy a pesar de ostentar la calidad de abogado, conclusión que para la Sala resulta equivocada, si en cuenta se tiene que de la lectura del precedente en mención no se hace precisión en cuanto a que el implicado en todos los casos debe estar acompañado de un profesional del derecho, ya que el mismo Código de Procedimiento Penal no hace expresa prohibición en cuanto a que el mismo imputado o acusado, dada su condición de abogado, actué en su propia representación. La sentencia,

valga indicarlo, se encaminó a determinar la armonía del artículo 118 de la Ley 906 de 2004 con la Norma Superior.

Lo expuesto tiene soporte en el auto del 11 de octubre de 2011, radicado 37659, donde la Sala de Casación Penal, al hacer un análisis de la sentencia C-210 de 2007, concluyó:

Ahora, existe una diferencia evidente entre las normativas establecidas en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, dado que la primera expresamente consagra factible que el imputado o acusado, de poseer calificación profesional vigente como abogado, pueda adelantar su propia defensa, salvo para la versión libre o la indagatoria, tal cual lo establece el inciso segundo del artículo 127.

No ocurre igual, sin embargo, en vigencia de la Ley 906 de 2004, como quiera que el artículo 118 nada señala respecto a esa posibilidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, al examinar el contenido y exequibilidad del artículo 118 de la Ley 906 de 2004, que consagra la integración y designación del defensor, advirtió, en sentencia C-210 de 2007:

“19. La norma impugnada desarrolla el derecho del investigado en el proceso penal a defender sus intereses con la intervención de un abogado, ya sea designado libremente por él o asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Evidentemente, la disposición acusada no incluye la hipótesis que fue prevista expresamente en el artículo 127 de la Ley 600 de 2000, que autorizaba al sindicado, que fuere abogado titulado y que estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, adelantar su propia defensa.

No obstante, esa exclusión no significa, por sí misma, que la norma acusada resulte inconstitucional, por los siguientes tres motivos:

El primero, porque la norma se refiere a la defensa técnica y no a la defensa material del imputado, lo que muestra que lejos de afectar el derecho de defensa del investigado lo desarrolla. En efecto, tal y como lo precisó esta Corporación en anterior oportunidad, "la doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado mismo, y la defensa técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo. La segunda modalidad busca una defensa especializada idónea y plena del sindicado, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional".

Además, la diferencia entre la defensa material y técnica del imputado aparece en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, al disponer que "el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquélla". Luego, es evidente que la nueva reglamentación penal no impide la propia defensa del imputado y, por consiguiente, los efectos que el demandante da a la norma acusada no son acertados.

20. El segundo, porque en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa para establecer las reglas del proceso penal, el legislador tiene la autorización para valorar la oportunidad y conveniencia de la exclusión de la defensa técnica propia, pues es absolutamente razonable que, después de la valoración práctica del tema, encuentre que el sindicado que ejerce su propia defensa no esté en las mismas condiciones que los demás investigados, ni en la situación más adecuada e idónea para ejercer su propia defensa, entendidas éstas no como condiciones intelectuales sino logísticas para ello.

De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que "el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos

de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable"²³

En tal virtud, resulta indiscutible que, en casos de detención de la libertad del imputado, el derecho de defensa podría resultar claramente afectado si se autoriza la defensa personal del investigado que, por su condición de privación de la libertad, le es imposible acudir a la fuente de la prueba. Por consiguiente, se entiende que con la norma acusada el legislador quiso dar mayor relevancia al derecho a la defensa técnica en el proceso penal que encuentra pleno respaldo constitucional.

21. El tercero, porque la regla general en el actual constitucionalismo colombiano es la garantía de la defensa técnica para el investigado en el proceso penal, de ahí que las medidas legislativas dirigidas a efectivizar dicha garantía no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan. En efecto, el artículo 29 de la Constitución es claro en señalar que "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento", por lo que exige que el investigado en un proceso penal, por regla general, cuente con la defensa de un profesional avalado por el Estado para ejercer el derecho y que tenga a su alcance todos los recursos físicos y jurídicos para acceder a una adecuada defensa."

De lo expresado por la Corte Constitucional no es posible concluir, es necesario destacarlo, que en todos los casos el imputado o acusado deba contar con defensor técnico, así ello sea lo más plausible.

Una adecuada lectura de la jurisprudencia constitucional, examinada en su contexto, permite verificar que la decisión se encamina simplemente a determinar la consonancia con la Carta del artículo 118 de la Ley 906 de 2004, que fue demandado, debe relevarse, por estimar el accionante constitucional, que viola el derecho de defensa material

La Corte Constitucional significa que la institucionalización de la defensa técnica, lejos de violar el derecho integral a la defensa, lo asegura o complementa.

Y, seguidamente, significa que en casos en los cuales el imputado o acusado no posee conocimientos técnicos en derecho o cuando se halla detenido, le resulta bastante difícil hacer valer sus derechos o allegar los medios probatorios necesarios para controvertir los elementos de juicio acopiados en su contra por la fiscalía.

No dice la Corte Constitucional si en casos diferentes –esto es, cuando el procesado es versado en el derecho penal y no se encuentra detenido-, se allanan esas limitaciones y, entonces, es posible que actúe en representación de sí mismo, sin contar con profesional del derecho encargado de asistirlo.

Como la Ley 906 de 2004, no prohíbe expresamente esa actuación en propia persona, será factible que en determinados eventos pueda el procesado versado en derecho atender a su defensa técnica y material, aunque, no sobra precisar, como sucede en la Ley 600 de 2000, determinadas diligencias impongan necesario que actúe un profesional del derecho independiente, cual sucede con el interrogatorio al indiciado (artículo 282) o cuando el acusado decide comparecer como testigo en su propio caso (artículo 394).

4.3. Lo señalado indiscutiblemente deja sin soporte la posición del Tribunal accionado, pues claramente se observa que el Procedimiento Penal previsto en la Ley 906 de 2004 no prohíbe el ejercicio de la defensa técnica al imputado o acusado cuando acredita su condición de abogado, tampoco el precedente de la Corte Constitucional afirma que en todos los casos deba contar con un profesional del derecho.

4.4. En vista de lo expuesto, surge clara la existencia de un defecto sustantivo por indebida aplicación de la normatividad aplicable al caso, particularmente la que regula el tema de la integración de la defensa técnica, lo cual desencadenó en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso del accionante.

5. Consecuente con lo anterior, se amparará dicha garantía constitucional y corolario de ello se dejará sin efecto el auto dictado el 25 de enero de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla. En consecuencia, se ordenará que, en el término de cinco días, dicte nueva decisión que resuelva el recurso de queja que en su momento promovió Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo respecto del auto proferido el 11 del citado mes y año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, atendiendo las anteriores consideraciones.

* * * * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso a favor de Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo.

Segundo: DEJAR sin efecto providencia dictada el 25 de enero de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dentro del proceso que cursa en contra del citado.

Tercero: ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior de la mencionada ciudad que, en el término de cinco días, dicte nueva decisión que resuelva el recurso de queja que en su momento promovió Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo respecto del auto proferido el 11 del citado mes y año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa capital

Cuarto: Notificar esta decisión en los términos consagrados en el Decreto 2591 de 1991.

Quinto: De no ser impugnado este fallo, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria