



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

STP5739-2017
Radicación No.: 89635
Acta No. 115

Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por el apoderado judicial de **JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO**, contra el fallo emitido el 27 de febrero del presente año por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, en el que concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el **FISCAL 23 DELEGADO ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO** de la misma ciudad, en la demanda de tutela instaurada contra el **JUZGADO 48 PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO** de la aludida municipalidad. Al trámite se vinculó al **JUZGADO VEINTICINCO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO**, a las partes e intervinientes en el proceso adelantado contra Porras Alonso y a las Fiscalías

13 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados y 40 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la ciudad capital¹.

ANTECEDENTES

De la demanda de tutela y anexos se extracta que el accionante, -Fiscal 23 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá-, adelanta la investigación 2007-01300 contra JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO por los delitos de peculado por apropiación, concusión y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

En dicha actuación se realizó audiencia de formulación de acusación el 21 de junio de 2016, ante el Juzgado 25 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en la que el ente acusador realizó el descubrimiento probatorio al defensor de PORRAS ALONSO, quien estuvo conforme con lo entregado.

El 7 de septiembre siguiente, el apoderado de PORRAS ALONSO solicitó a la Fiscalía 13 Especializada copia de todas las diligencias realizadas en el proceso 2009-12266, adelantado contra Luis Francisco Morales Nieto y/o Alejandro Montoya Morales y/o Wilmar Morales Herrera, la cual fue negada por dicha autoridad al considerar que no se había iniciado juicio contra persona determinada y por ende, no existía descubrimiento probatorio.

¹ Estas últimas en cumplimiento a lo ordenado por esta Sala de Decisión en providencia CSJATP 566 del 31 de enero de 2017, en la que se decretó la nulidad de la actuación por falta de vinculación al contradictorio.

En la misma fecha, el apoderado en cita, pidió a la Fiscalía 23 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito – hoy accionante-, copia integral de las diligencias adelantadas en el proceso 2013-02032, seguido contra Robinson Herrera Acosta, por los delitos de fraude procesal y falso testimonio, autoridad que negó el pedimento bajo el argumento de que el peticionario ni el implicado José Antonio Porras eran parte en dicha actuación, la cual se encontraba en etapa de indagación.

Así mismo, el defensor en mención, pidió a la Fiscalía 40 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito la expedición de copias de los elementos materiales probatorios que no se habían incorporado en el juicio oral, respecto del proceso 2006-04071, el cual había culminado con sentencia condenatoria contra Augusto Lara y Adriana Correal, sin obtener respuesta alguna.

Ante la negativa por parte de las Fiscalías 13 y 23 en cita y la falta de respuesta por la Fiscalía 40 en mención, el defensor de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO solicitó audiencia preliminar de *«control previo de búsqueda selectiva en base de datos y autorización de actividades investigativas de la defensa»*; para su realización se convocó de manera exclusiva al Fiscal 23 Seccional, al Ministerio Público, al solicitante y al procesado Porras Alonso.

Dicha diligencia fue programada para el 26 de septiembre de 2016 y realizada por el Juzgado 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías, a la cual asistieron el defensor y el Fiscal 23 Seccional y en la que el

aludido apoderado, solicitó², en lo que interesa al presente trámite, que se autorizara la expedición de las copias que le habían sido negadas por las Fiscalías 13 y 23 y respecto de las que la Fiscalía 40 no se había pronunciado³.

El mencionado juez, negó lo relacionado con la autorización de expedición de las copias de las actuaciones penales, en razón a que las diligencias adelantadas en los radicados 2009-12266 y 2013-02032 se encontraban en etapa de indagación y la 2006-04071, había culminado con sentencia condenatoria, por lo que era de público conocimiento y además, el peticionario debía insistir ante el ente acusador al que presentó la petición no contestada.

Tal determinación, fue impugnada por el apoderado de PORRAS ALONSO y en providencia del 8 de noviembre de la pasada anualidad, el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá la revocó y accedió a lo pretendido, al considerar que los elementos materiales probatorios solicitados ante las Fiscalías 13 y 23 en mención, eran pertinentes y necesarios para impugnar la credibilidad de los testigos de cargo en el proceso 2007-01300, adelantado contra JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO.

Además, al no haberse contestado la solicitud frente al proceso 2006-04071, no existía conflicto entre Fiscalía y defensa y por ello, era procedente la autorización de las copias impetradas.

² El defensor también pidió control previo a búsqueda selectiva en base de datos ante las empresas de telefonía celular tigo, claro y movistar, al igual que obtener copia de la factura No. 1297 del 25 de enero de 2006, en el establecimiento comercial «Motocicletas el padrino» de la ciudad de Bucaramanga.

³ Dichas peticiones de los aludidos procesos fueron marcadas con los numerales 1.3, 1.4 y 1.5.

Refirió el demandante que el Juez de segunda instancia incurrió en vía de hecho, pues sin sustento jurídico autorizó la entrega de las copias de unos expedientes en los que ni el defensor ni el procesado PORRAS ALONSO son parte, a lo que se suma que se encuentran en etapa de indagación.

En ese contexto, el actor impetró el amparo del derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia, solicitó la revocatoria de la decisión proferida el 8 de noviembre de 2016, por el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá⁴.

EL FALLO IMPUGNADO

La primera instancia concedió el amparo del debido proceso. Luego de analizar el momento procesal para el descubrimiento probatorio, indicó que el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento incurrió en vía de hecho, al asumir competencia para disponer sobre un proceso que se encuentra en etapa de indagación.

Además, refirió que aunque resulta posible que la defensa tenga derecho a obtener información que reposa en un proceso diferente al que se le ha reconocido la calidad de parte, al revisar el caso sometido al conocimiento del juez constitucional, se advertía la afectación de las actividades

⁴ La primera instancia decretó de oficio medida provisional consistente en suspender la orden emitida el 8 de noviembre de 2016, por el Juzgado demandado, la cual se mantuvo por esta Corporación al emitir la decisión de nulidad del 31 de enero del presente año.

investigativas adelantadas por el ente acusador y no existía fundamento «*serio, preciso, legal y de justicia que lleve a entregar dichos elementos a la defensa*», máxime que la solicitud del defensor fue «*general e indiscriminada*».

Como consecuencia, dispuso:

Declarar que el descubrimiento probatorio ordenado el 8 de noviembre de 2016 por el Juez 48 Penal del Circuito de Bogotá, en ejercicio de las funciones de control de garantías, dentro del proceso 110016000049201302032, es contrario a la normatividad vigente.

Disponer que en el presente asunto se edifican las causales de procedibilidad de la acción de tutela derivadas de los defectos sustantivo o material, orgánico o de competencia y procedimental.

Dejar sin valor ni efecto la orden de descubrimiento probatorio aludido en el presente fallo.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el defensor de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO, la impugnó y luego de relatar los hechos por los cuales se adelanta la investigación contra su prohijado, señaló que de los elementos materiales probatorios descubiertos por la Fiscalía accionante, se infería que los testigos de cargo eran Luis Antonio Morales Nieto y/o Alejandro Montoya Morales y/o Wilmar Morales Herrera y Robinson Herrera Acosta, quienes eran investigados por las Fiscalías 13 Especializada y 23 Seccional, autoridades a las que acudió para obtener las copias de los expedientes, pero le fueron negadas por lo que acudió al Juez de Control de Garantías.

Afirmó que su prohijado PORRAS ALONSO no es parte en los procesos en mención, por lo que no puede esperar a la audiencia de formulación de acusación para conocer los elementos materiales probatorios que se encuentran en dichas diligencias, los cuales requiere para refutar la credibilidad de los testigos de la Fiscalía. En esas condiciones, consideró que la decisión emitida por el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento se encontraba ajustada a derecho y por ello, se debía revocar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para pronunciarse sobre la impugnación instaurada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

1. De la legitimidad por activa de la Fiscalía.

En el presente asunto, encontramos que el Fiscal 23 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá acudió al amparo constitucional al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, debido a que el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento en providencia del 8 de noviembre de 2016, revocó la decisión proferida el 26 de septiembre del mismo año, por el Juzgado 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías y

en su lugar, autorizó la expedición de copias de los procesos 2009-12266, 2013-02032 y 2006-04071, adelantados por las Fiscalías 13 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, 23 y 40 Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, respectivamente⁵.

Por tal motivo, debemos referirnos en primer término a la legitimidad de la Fiscalía para acudir a la vía de tutela, y es a partir de la sentencia CC T-365/95, que se posibilitó al representante del ente acusador para que pueda actuar como parte activa dentro del trámite de tutela, siempre y cuando hayan sido vulnerados los derechos fundamentales que como interviniente en el proceso penal le asisten a él o a las víctimas del delito.

Además, ha dicho la Sala de Casación Penal que:

...dentro de los fines esenciales del Estado están los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política; y que las autoridades de la República, entre ellas las judiciales, están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del ente estatal y de los particulares (artículo 2 de la Constitución).

Con tales propósitos y concretamente en el campo del derecho penal, el artículo 250 superior, modificado por el 2 del Acto Legislativo 3 de 2002, atribuye, como deber de la Fiscalía General de la Nación, y como facultad para los jueces, el de solicitar e imponer, respectivamente, las

⁵ Folio 1 y ss del cuaderno de primera instancia.

medidas necesarias para «la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito». (CSJ AP, 3 de julio de 2013, Rad. 40.632).

Y también:

En ese propósito, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando la consecución de la protección y eficacia de los derechos fundamentales se ve obstaculizada con la comisión de conductas punibles, las autoridades estatales, en particular las judiciales, en cumplimiento de sus facultades, tienen que adoptar las medidas necesarias, adecuadas y pertinentes con el objeto de restablecer los derechos quebrantados de las víctimas en la medida de lo posible y aplicar las sanciones previstas a los responsables, ya que sólo así se pueden sentar las bases de la convivencia pacífica entre los individuos y lograr un orden social justo, ambos valores fundamentales de nuestro régimen constitucional. (Cfr. CSJ SP, 21 de noviembre de 2012, Rad. 39858).

De lo anterior, concluyó esta Sala de Tutelas en decisiones CSJ STP, 12 de noviembre de 2013, Rad. 70.449 y STP 14294-2014 que:

...la Fiscalía General de la Nación tiene la misión funcional de velar por la protección de los derechos que le asisten a las víctimas de la conducta punible y en tal virtud, propender por la adopción de medidas que permitan resarcir los derechos que en su sentir, pudieren haber sido conculcados tanto a ella como a las víctimas que protege.

Cabe precisar entonces, que la Fiscalía General de la Nación tiene la posibilidad de intervenir como accionante en el trámite de tutela, cuando sean vulneradas las garantías fundamentales que como parte en el proceso penal le asisten a ella o a las víctimas del punible, tal y como se evidencia en este asunto, pues la supuesta irregularidad denunciada ocurre en el trámite de la audiencia de preclusión, solicitada por quien hoy funge como demandante.

Aclarado lo anterior, la Sala recordará los requisitos de procedibilidad del amparo cuando se instaura contra decisiones emitidas por jueces de la República, los que ya han sido expuestos *in extenso* por la jurisprudencia.

2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La acción de tutela es un mecanismo de protección excepcionalísimo cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va ligada al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional en fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006, entre otros, ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Según la doctrina constitucional, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ameritan que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Adicionalmente, 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.

Igualmente, exige la jurisprudencia 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; así mismo, 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.

Además, *«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»*.⁶

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido ratificados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, ya citada y luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mentadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas sólo pueden tener cabida *«...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos*

⁶ Ibidem.

*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 interpuesto» (C-590 de 2005) –Negrillas fuera del original-.*

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de esa decisión y pueden sintetizarse así:

Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

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.

e. 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.

f. 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.

g. 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.

h. Violación directa de la Constitución.

A partir de la misma decisión CC C-590/05 arriba citada, la procedencia de la tutela contra una decisión emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando se presente al menos uno de los defectos generales y específicos sintetizados en precedencia.

3. El caso debatido.

3.1. De los requisitos de carácter general.

En el presente evento, el Fiscal 23 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá cuestiona por vía de tutela la decisión proferida el 8 de noviembre de 2016, por el Juzgado 48 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

Sobre el particular, el accionante refirió que la autoridad en mención, afectó el derecho fundamental al debido proceso, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión emitida el 26 de septiembre

del mismo año, por el Juzgado 38 Penal Municipal de Conocimiento, pues autorizó a la defensa de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO para obtener copia de los elementos materiales probatorios incorporados en los procesos 2013-02032 y 2009-1266, los cuales se encuentran en etapa de indagación y se adelantan contra Luis Francisco Morales Nieto y/o Alejandro Montoya Morales y/o Wilmar Morales Herrera y Robinson Herrera Acosta, respectivamente.

Además, autorizó la entrega de los elementos materiales probatorios que no fueron incorporados en el juicio oral dentro del proceso 2006-04071, el cual había culminado con la sentencia condenatoria emitida contra Augusto Lara y Adriana Correal y frente al cual, existía una petición pendiente de resolución por parte de la Fiscalía 40 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

Adujo que acudió al amparo constitucional, por cuanto contra la decisión censurada no procede recurso alguno.

En ese orden, considera la Sala que se cumplen en este caso los requisitos generales de procedencia del amparo contra providencias judiciales, toda vez que se trata de un asunto de relevancia constitucional, pues se indica la presunta afectación del derecho fundamental al debido proceso. Además, el actor no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, la demanda de tutela se presentó en un término razonable, -pues la decisión atacada data del 8 de noviembre de 2016-, se indicaron los fundamentos del amparo y no se cuestiona un fallo de tutela.

3.2 De los requisitos de carácter específico.

Superados los requisitos de carácter general, corresponde a la Sala verificar si se configura alguno de los presupuestos de carácter específico atrás reseñados, a efecto de determinar la procedencia del amparo invocado.

Para resolver el caso objeto de análisis, se debe tener en consideración que el ordenamiento jurídico regula los eventos en que la Fiscalía General de la Nación debe descubrir la información obtenida en las investigaciones penales, bien la aportada por las víctimas⁷ o por cualquier otra persona, ora la que se obtenga durante los actos urgentes o las actividades incluidas en el programa metodológico.

Por **regla general**, la develación de esa información se hace bajo los siguientes parámetros: (i) procede dentro del proceso en el que ha sido obtenida; (ii) el descubrimiento comienza en la fase de acusación y puede extenderse a la audiencia de juzgamiento (en los casos de prueba sobreviniente); (iii) la Fiscalía debe descubrir la información que pretende hacer valer en el juicio oral y la que resulta favorable al procesado; (iv) la defensa puede solicitar el descubrimiento de «*un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite*»; (v) la defensa solo está obligada a descubrir lo que pretende hacer valer como prueba; entre otras.

⁷ Sin perjuicio de las cargas que debe cumplir este interviniente cuando opta por solicitar la práctica de pruebas.

A su turno, el artículo 345 de la Ley 906 de 2004 consagra las restricciones al descubrimiento probatorio, entre otros eventos cuando el mismo pueda generar “*un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores*”, o “*afecte la seguridad del Estado*”.

Sin mayor esfuerzo se infiere que las anteriores reglas se aplican al descubrimiento de las pruebas atinentes al caso, esto es, las recopiladas por el ente investigador para estructurar y soportar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de ese asunto en particular, y las obtenidas por la defensa en ejercicio de la labor investigativa que puede adelantar según sus facultades constitucionales y legales.

En ejercicio de esos derechos y facultades, la defensa puede «*buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley*» (Art. 125 de la Ley 906 de 2004).

Para tales efectos «*las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva*» (ídem).

Como bien lo anota el Tribunal, existe la posibilidad de que la información que interesa a la defensa esté en poder de la Fiscalía General de la Nación. En este caso, hay que diferenciar si se trata de información obtenida dentro de la investigación correspondiente al caso objeto de juzgamiento, o si corresponde a información recopilada en otras

actuaciones dirigidas por el mismo fiscal o por otros funcionarios de dicha entidad.

En el primer evento, los debates sobre descubrimiento deben ser resueltos por el juez de conocimiento, según lo establecido en los artículos 344 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y los preceptos constitucionales y normas rectoras por ellos desarrollados.

No sucede lo mismo cuando se trata de información que esté en poder de la Fiscalía General de la Nación, pero que haya sido obtenida en el decurso de otras investigaciones, a la que pretende acceder la defensa **en ejercicio de las facultades investigativas** atrás referidas.

No se trata del descubrimiento a que aluden los artículos 344 y siguientes de la Ley 906, porque el debate no recae sobre evidencias obtenidas dentro de la investigación atinente a ese caso. De hecho, es posible que el fiscal que presentó la acusación no conozca esa información, **ni tenga la facultad de disponer sobre su revelación**, como cuando la misma fue obtenida en investigaciones asignadas a otros funcionarios, tal y como sucede en este caso con las indagaciones dirigidas por el Fiscal 13 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá y el Fiscal 40 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, respectivamente.

Por tanto, para resolver este asunto no se precisa establecer si el Fiscal 23 Delegado ante los Juzgados

Penales del Circuito de Bogotá tenía la obligación de descubrir evidencias obtenidas dentro de la investigación seguida en contra de José Antonio Porras Alonso (lo que le correspondería resolver al juez de conocimiento), sino de analizar: (i) si la defensa, en ejercicio de las facultades investigativas que le atribuyen la Constitución y la ley, tiene la posibilidad de solicitar a la Fiscalía (no al fiscal del caso, sino a la institución como tal) información obtenida en otras investigaciones y que pueda resultar útil para su estrategia, (ii) la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías en el evento de que la Fiscalía se niegue a entregar la información, y (iii) los aspectos ineludibles que debe considerar el juez de control de garantías para resolver la controversia.

1. La facultad que tiene la defensa de solicitar a la Fiscalía General de la Nación información obtenida en otras investigaciones y que pueda resultar útil para su estrategia.

En el sistema procesal introducido con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, «el imputado y su defensor no tendrán que limitar su actuación a contender la acusación formulada en su contra, sino que han de ser diligentes en aportar elementos de juicio que sustenten su teoría del caso», y en ese escenario «se hace indispensable asegurar a los enfrentados equilibrio e igualdad de oportunidades» (C-186 de 2008, entre muchas otras).

La iniciativa probatoria de la defensa está desarrollada, entre otros, en los artículos 125 y 267 de la

Ley 906 de 2004. Como se precisó en el acápite anterior, la primera de las normas en cita faculta a la defensa para solicitar información a entidades públicas y privadas, bajo el entendido de que si se comprometen derechos fundamentales se debe contar con la autorización del juez de control de garantías (ídem).

En principio puede afirmarse que la Fiscalía General de la Nación es una de aquellas entidades públicas a que alude el artículo 125 de la Ley 906 de 2004, ante las cuales la defensa puede solicitar información que considere útil para su labor.

Sin embargo, cuando se trata de información obtenida dentro de las investigaciones penales (evidencias físicas, elementos materiales probatorios, entre otros), debe tenerse en cuenta que el legislador reguló de manera puntual esa materia, en las normas que establecen los parámetros y los momentos procesales para realizar el descubrimiento probatorio.

Así, por **regla general** ese tipo de información (*la obtenida a raíz de la investigación penal*) solo debe develarse en el respectivo proceso penal, en la fase de acusación (o con posterioridad, como se indicó en precedencia), según las reglas atrás referidas y sin perjuicio de la que deba ser presentada ante el juez de control de garantías para los asuntos de su competencia (legalización de captura, imposición de medida de aseguramiento, etcétera).

Lo anterior es así, porque la divulgación de esa información al margen de las reglas atrás relacionadas puede afectar aspectos de clara trascendencia constitucional, como los siguientes: (i) la seguridad del Estado –Art. 345 de la Ley 906 de 2004; (ii) la recta y eficaz administración de justicia, en cuanto dicha develación pueda afectar la investigación en la que fue recaudada, otras investigaciones en curso o futuras –ídem-, lo que puede suceder, por ejemplo, porque se trunquen actos de investigación reservados o se entorpezcan programas de investigación orientados a desarticular bandas de delincuencia organizada; (iii) los derechos de las víctimas, como cuando la Fiscalía cuente con información atinente al comportamiento sexual del sujeto pasivo de alguno de los delitos consagrados en los artículos 205 y siguientes del Código Penal, o algún otro dato que no pueda utilizarse como prueba o para impugnar la credibilidad de los testigos, según las pautas legales y jurisprudenciales; entre otros.

No obstante, no puede descartarse que en un evento en particular la defensa pretenda acceder legítimamente a información obtenida en otras investigaciones, cuando la misma resulte útil para su función. Para tales efectos, puede presentar la respectiva solicitud al ente acusador.

Si la defensa presenta ese tipo de solicitudes, es razonable esperar que la Fiscalía las analice con objetividad, en orden a sopesar la importancia de esa información para la estrategia defensiva y el perjuicio que se podría ocasionar con la develación por fuera de la regla general atrás referida, bajo el entendido de que el cabal

ejercicio de la defensa es un aspecto trascendente para la recta y eficaz administración de justicia.

Es obvio que si la Fiscalía accede a suministrar la información, no existirá un conflicto que eventualmente deba ser resuelto por la Judicatura.

2. la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías en el evento de que la Fiscalía se niegue a entregar la información

Si la Fiscalía se niega a facilitar a la defensa el acceso a información obtenida en otras investigaciones, es posible que la Judicatura deba intervenir, si así lo solicita quien se considere afectado, para establecer si la limitación al acceso de información, y el posible desmedro de la actividad defensiva, se justifica en cuanto resulte necesaria para proteger los intereses constitucionales referidos párrafos atrás (la seguridad del Estado, los derechos de las víctimas, el éxito de otras investigaciones, etcétera).

Lo anterior bajo el entendido de que, por regla general, la información obtenida en las investigaciones penales solo debe develarse según las reglas establecidas en los artículos 344 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como las normas que regulan el suministro de información en las audiencias preliminares.

Ya se dijo que los debates sobre descubrimiento probatorio, en los términos de las normas referidas en el párrafo anterior, deben ser resueltos por el juez de

conocimiento. Pero cuando se trata del suministro de información recopilada por la Fiscalía General de la Nación en otras investigaciones, es posible que la controversia deba ser resuelta por el juez de control de garantías, por razones como las siguientes: (i) se trate de un debate ajeno a la competencia del juez que debe dirigir la fase de juzgamiento, porque no se discute sobre el descubrimiento en los términos de los artículos 344 y siguientes, sino la procedencia de una **actividad investigativa** de la defensa que puede afectar intereses constitucionales como los referidos en precedencia; (ii) el debate puede presentarse antes de que se formule acusación, evento en el cual es posible que se desconozca cuál sería el juez competente para adelantar la fase de juzgamiento; y (iii) el artículo 154 de la Ley 906 de 2004 regula de forma amplia la competencia de los jueces de control de garantías para resolver los asuntos no asignados a los jueces de conocimiento, la que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional (C-186 de 2008, entre otras), y por esta Corporación en cuanto ha afirmado que:

Conocido que los jueces de control de garantías, desde su misma consagración de principalística legal, tienen como función no solo, a pesar de lo afirmado por la señora jueza de control de garantías, servir de límite o acotación al poder estatal representado por la Fiscalía, sino que se les encomienda la protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso; y si además se tiene claro que ese trámite consagrado en la ley 906 de 2004, demanda de las partes en contienda, Fiscalía y defensa, adelantar su particular tarea investigativa, luego de que se ha abierto formalmente el proceso por virtud de la formulación de imputación (e incluso antes, como ya lo han dejado suficientemente establecido esta Corporación y la Corte

Constitucional), mal puede afirmarse que no corresponde a un asunto propio del mismo aquel encaminado a permitir de la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para adelantar su labor.

(...)

Entonces, si ya no cabe duda de que al juez de control de garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso; y si además se ha dejado especificado que las funciones del funcionario en cuestión no se limitan a aquellas audiencias o diligencias expresamente consagradas en la Ley 906 de 2004, deviene necesaria conclusión la absoluta competencia de los jueces de control de garantías para intimar de los funcionarios públicos permitan a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes (CSJ AP, Dic. 1 de 2010, Rad. 35432; CSJ AP, Feb. 23 2011, Rad. 35870; CSJ AP, 12 Sep. 2012, Rad. 39602; entre otras).

Por tanto, no puede afirmarse, como parece entenderlo el Tribunal, que en todos los casos en que el juez de control de garantías asume el conocimiento de este tipo de debates, incurre en un “defecto orgánico o de competencia”. Este tema será retomado más adelante. Ello solo puede predicarse cuando se ocupa de controversias que deben ser resueltas por el juez de conocimiento en el contexto del descubrimiento probatorio.

Por ahora, basta con concluir que la defensa, en ejercicio de sus facultades investigativas, tiene la posibilidad de solicitar la información que considere útil para su labor, incluso la recopilada por la Fiscalía General

de la Nación en otras investigaciones. Si se presentan controversias sobre el particular, es posible que las mismas deban ser resueltas por el juez de control de garantías, siempre y cuando no se trate de asuntos de competencia del juez de conocimiento.

3. Los aspectos ineludibles que debe considerar el juez de control de garantías para resolver este tipo de controversias.

Por la trascendencia de los intereses en juego, el Juez debe abordar con especial cuidado estos asuntos, bien para evitar que el ejercicio de la defensa sea afectado injustificadamente, ora para impedir que las investigaciones penales, los derechos de las víctimas y los demás aspectos atrás referidos se vean afectados por la innecesaria divulgación de las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía en otras investigaciones.

En consecuencia, para tomar la decisión debe considerar, **como mínimo**, lo siguiente:

Primero. La defensa tiene la obligación de precisar cuáles son las evidencias o la información recopilada por la Fiscalía en otras investigaciones, que puede resultar útil para su labor. La alusión genérica a “*todo lo recaudado por el ente investigador*” impide analizar los aspectos referidos a lo largo de este proveído, que podrían verse afectados con la excepción injustificada de la regla general sobre develación de evidencia obtenida durante las investigaciones penales.

Segundo. Si, como en el asunto que se analiza, el debate se suscita después de celebrada la audiencia de acusación, se debe constatar que no se trate de un asunto que deba ser resuelto según las reglas del descubrimiento probatorio consagradas en los artículos 344 y siguientes de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la norma en mención faculta a la defensa para solicitar “*el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento y el juez ordenará, si es pertinente, a la Fiscalía, o a quien corresponda, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite...*”.

Lo anterior adquiere mayor relevancia cuando se trata de información que la defensa pretende utilizar para impugnar la credibilidad de los testigos de cargo, tal y como sucede en este caso, pues resulta razonable pensar que el “*fiscal del caso*” pudo tener acceso a esa información, máxime si se tiene en cuenta que la misma supuestamente está en poder del ente acusador.

Si se trata de un problema de descubrimiento, en los términos de los artículos 344 y siguientes, y no de un debate suscitado a raíz de las facultades investigativas de la defensa, la competencia para resolver el asunto radica, sin duda, en el juez de conocimiento y no en el juez de control de garantías. Al efecto debe tenerse en cuenta que la posibilidad de solicitar el descubrimiento de una o varias evidencias en particular (Art. 344) se extiende a la audiencia preparatoria (CSJ AP2492, Abr. 19 de 2017).

Tercero. La defensa debe haber solicitado en debida forma la información a la Fiscalía General de la Nación. Según se indicó en precedencia, si esta institución accede a su entrega no existirá un conflicto que deba ser resuelto por la Judicatura.

Cuarto. La defensa debe explicar la pertinencia de esa información. Entre otras cosas, debe indicar si la utilizará para sustentar una hipótesis factual alternativa (cuando opta por esa estrategia), para impugnar la credibilidad de los testigos, etcétera.

Valga anotar, de paso, que cuando la intención de la parte es utilizar la información para impugnar la credibilidad de los testigos, debe considerarse lo siguiente: (i) la impugnación es procedente frente a las pruebas solicitadas por las partes en la audiencia preparatoria y practicadas en el juicio oral, (ii) el artículo 403 de la Ley 906 de 2004 consagra los aspectos que pueden incluirse en la impugnación de credibilidad, (iii) existen materias que no pueden abordarse con ese fin (CSJ AP 690, Feb. 17 de 2017, Rad. 49405), entre otros.

Lo expuesto en precedencia sirve de soporte adicional a lo concluido en otros párrafos en el sentido de que la defensa debe especificar qué es lo que pretende obtener de parte del ente acusador

Quinto. Se debe constatar que la defensa, en ejercicio de las facultades investigativas que le asigna el ordenamiento jurídico, no está en capacidad de obtener por

su cuenta las evidencias o la información recopilada por la Fiscalía General de la Nación en otras investigaciones.

Sexto. El Juez debe contar con información suficiente sobre las razones expuestas por la Fiscalía para negar la solicitud de la defensa. De lo contrario, no tendrá elementos de juicio para decidir si la misma debe ser suministrada o no, o en otras palabras, si la develación de esa información puede generar un perjuicio injustificado a los intereses constitucionales relacionados a lo largo de este proveído.

Séptimo. Para tomar la decisión, el Juez debe considerar, entre otras cosas, la trascendencia de la información para los fines de la defensa y la incidencia negativa que esa develación (por fuera de la regla general) podría tener en el éxito de investigaciones a cargo de la Fiscalía, los derechos de las víctimas, la seguridad del Estado, etcétera, siempre a la luz de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que “*en desarrollo de la investigación y el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la Justicia*”.

4. El caso concreto.

El defensor de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO solicitó una audiencia ante los jueces de control de garantías para que se le autorizara el acceso a una base de datos, se le ordenara a un particular el suministro de una información y se obligara a la Fiscalía (tres despachos

diferentes) a entregar “**la totalidad de la información**” recopilada en las respectivas investigaciones. Por coincidencia, una de esas investigaciones estaba siendo dirigida por el mismo fiscal que presentó la acusación en contra del mencionado PORRAS ALONSO.

Aunque el fiscal que dirige el caso en contra de PORRAS le hizo notar al Juez que eran otros fiscales quienes podrían explicar por qué no era procedente la divulgación de información⁸, no se le prestó atención a ese aspecto y se tomó la decisión sin conocer la postura de dichos funcionarios.

El Juez que dirigió la audiencia no instó a la defensa para que precisara cuál es la información que considera útil para la impugnación de la credibilidad de los testigos⁹. El defensor se refirió a la totalidad de los datos recopilados en las referidas investigaciones, y puso como ejemplo los informes de policía, las entrevistas, etcétera¹⁰.

Aunque la defensa siempre mencionó que la información sería utilizada para impugnar la credibilidad de los testigos de cargo, el juez de control de garantías no realizó ninguna labor orientada a establecer si se trata de información a la que pudo acceder el fiscal del caso seguido en contra de PORRAS ALONSO, y si el descubrimiento pudo haber sido pedido a la luz de lo dispuesto en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 sobre la posibilidad de hacer

⁸ Record 19:59 y ss del video 2 del cd 1 de la audiencia del 26 de septiembre de 2016.

⁹ Record 15:06 y ss del video 1 del cd 1.

¹⁰ Record 23:43 y ss del video 1 del Cd 1, audiencia del 26 de septiembre de 2016.

solicitudes específicas de evidencia no relacionada por el ente acusador.

Tampoco se constató si la información requerida podía ser obtenida por la defensa en ejercicio de sus facultades investigativas. Por ejemplo, si podía entrevistar a alguno de los testigos que fueron escuchados en esas investigaciones, si los documentos con los que supuestamente cuenta la Fiscalía (en esas otras investigaciones), podía ser obtenida por el apoderado judicial de PORRAS ALONSO, etcétera.

Igualmente, se omitió verificar si la información que se pretende obtener puede ser legalmente utilizada para impugnar la credibilidad de los testigos, según lo establecido en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004 y el desarrollo jurisprudencial relacionado en otros acápites.

Sin contar con las bases mínimas para resolver el asunto, el Juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la defensa.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORRAS ALONSO, el Juzgado 48 Penal del Circuito decidió revocar el auto impugnado¹¹.

Sin contar con los suficientes elementos de juicio, por las razones ya indicadas, hizo una larga disertación sobre las búsquedas selectivas en bases de datos. De manera errada y con total desapego del desarrollo jurisprudencial sobre la materia (C-336 de 2007), concluyó que la

¹¹ Record 18:10 y ss del cd 2, audiencia del 8 de noviembre de 2016.

información recopilada por la Fiscalía en las investigaciones penales pueden catalogarse como tal (como base de datos).

Luego, a pesar de que la Fiscalía se negó a entregarle la información a la defensa, y que uno de sus delegados se opuso a la entrega de la información obtenida en las tres investigaciones atrás referidas, concluyó que en este caso no existe conflicto de intereses entre el ente acusador y la defensa, por lo que debe prevalecer el interés de PORRAS ALONSO y su apoderado judicial.

Ante este panorama, razón le asiste al Tribunal en cuanto afirma que en este caso se afectaron *“de forma grave y definitiva las actividades investigativas de la Fiscalía General de la Nación”*, y que *“al someter la problemática aquí planteada a un test de proporcionalidad y razonabilidad, no se encuentra fundamento, serio, preciso, legal y de justicia que lleve a entregar dichos elementos a la defensa”*. Lo anterior es así, porque los jueces de primera y segunda instancia desatendieron prácticamente todos los parámetros mínimos que se deben considerar para resolver este tipo de asuntos, a los que se hizo alusión en el anterior acápite.

En ese orden, se advierte que tales omisiones por parte de los jueces que adelantaron en primera y segunda instancia la audiencia relacionada con las *«actividades investigativas de la defensa»* frente a la autorización de expedición de copias de los procesos 2009-12266, 2013-02032 y 2006-04071, configuran un defecto procedimental absoluto, pues no tuvieron en consideración los parámetros

mínimos que debían analizar para resolver la solicitud planteada.

Además, en dicho trámite se incurrió en el defecto fáctico, pues sin ningún apoyo probatorio que permitiera la autorización de las copias solicitadas, se analizó y en definitiva se concedió lo pretendido por el defensor de PORRAS ALONSO.

También se presentó en este evento, el defecto material o sustantivo, toda vez que el análisis realizado por los jueces de instancia se hizo desde el punto de vista de la búsqueda selectiva en bases de datos y del descubrimiento probatorio, cuando se indicó por parte del defensor que frente a la autorización de copias de los procesos 2013-02032, 2009-12266 y 2006-04071, se trataba de «*actividades investigativas de la defensa*», de manera que el análisis debía realizarse con base en las normas que la regulan.

Así las cosas, razón le asistió a la primera instancia al conceder el amparo del debido proceso, por lo que el amparo otorgado será confirmado, pero por las razones expuestas en precedencia.

En consecuencia, se modificarán las órdenes impartidas por el *A quo*, en el sentido de dejar sin efecto las audiencias realizadas el 26 de septiembre y 8 de noviembre de 2016, por los Juzgados 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías y 48 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, única y exclusivamente, en lo relacionado con la solicitud de audiencia preliminar de

«autorización de actividades investigativas de la defensa», presentada por el defensor de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO, respecto de la autorización de expedición de copias de los procesos 2013-02032, 2009-12266 y 2006-04071.

Lo anterior, por cuanto lo relacionado con la búsqueda selectiva en las bases de datos de las empresas de telefonía celular tigo, claro y movistar y la obtención de la copia de la factura n.º. 1297 del 25 de enero de 2006, ante el establecimiento comercial «Motocicletas el padrino», no fue objeto de controversia por vía constitucional.

En consecuencia, se ordenará al Juzgado 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, lleve a cabo la audiencia de «autorización de actividades investigativas de la defensa», únicamente, respecto de la autorización de copias de los procesos 2013-02032, 2009-12266 y 2006-04071, teniendo en consideración las pautas previstas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3,**

RESUELVE

1º. CONFIRMAR el amparo del debido proceso otorgado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá,

en el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta providencia.

2°. MODIFICAR las órdenes impartidas por el *A quo* y en su lugar, **DEJAR SIN EFECTO** las audiencias realizadas el 26 de septiembre y 8 de noviembre de 2016, por los Juzgados 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías y 48 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, única y exclusivamente, en lo relacionado con la solicitud de audiencia preliminar de *«autorización de actividades investigativas de la defensa»*, presentada por el defensor de JOSÉ ANTONIO PORRAS ALONSO, respecto de la autorización de expedición de copias de los procesos 2013-02032, 2009-12266 y 2006-04071.

3°. ORDENAR al Juzgado 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, lleve a cabo la audiencia de *«autorización de actividades investigativas de la defensa»*, únicamente, respecto de la autorización de copias de los procesos 2013-02032, 2009-12266 y 2006-04071, teniendo en consideración las pautas previstas en esta providencia.

4°. ENVIAR copia de esta decisión a las partes en la presente acción constitucional.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria