

Señores-Magistrados

SALA DE CASACIÓN PENAL

HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E.

S.

D.

ASUNTO: Acción de Tutela

Referencia: Investigación radicado
190016000703201201139

Procesada: Ana Bolena García Ricardo

Delito: Peculado por apropiación y otros

Etapa: Juicio (audiencia preparatoria)

Accionante: NELSON HERNÁNDEZ DIAZ (Fiscal 7º Anticorrupción)

Accionado: Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán-Cauca

Juzgado 3º Penal del Circuito (conocimiento) de Popayán-Cauca

NELSON HERNÁNDEZ DIAZ, actuando en calidad de Fiscal Séptimo Especializado adscrito a la Dirección Especializada Contra la Corrupción (DECC), invocando el artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante ustedes para instaurar ACCIÓN PÚBLICA DE TUTELA contra el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán-Cauca (Sala Penal) y el Juzgado 3º Penal del Circuito (conocimiento) de Popayán-Cauca, con el objeto de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales que más adelante enuncio y los cuales se fundamentan en los siguientes:

HECHOS

1. El día 17 de agosto de 2016 se radicó, en el marco de la investigación de la referencia, escrito de acusación en contra, entre otros, de la señora ANA BOLENA GARCÍA RICARDO en el centro de servicios judiciales de la ciudad de Popayán- Cauca, el cual le correspondió por reparto al señor Juez 3º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa Ciudad. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo los días 20 de enero y 17 de marzo de 2017.
2. La situación fáctica se contrae a la presunta apropiación de recursos públicos a favor de la acusada GARCÍA RICARDO en el marco de ejecución del convenio 086 de 2015 cuando fungía como gerente o directora de Indeportes Cauca y los cuales estaban destinados a la recreación y el deporte de niñas, niños y adolescentes de dicho departamento.
3. El día 22 de junio de 2018, luego de varios aplazamientos se dio inicio a la audiencia preparatoria.
4. En nueva sesión que tuvo lugar el 21 de enero de 2019, el suscrito Fiscal hizo las correspondientes solicitudes probatorias debidamente motivadas.
5. Teniendo en cuenta el gran cúmulo de solicitudes probatorias hecho por parte de la Fiscalía (162 en total) y otro tanto de la defensa, el señor Juez de conocimiento en sesión del día 22 de enero de 2019, decidió aplazar la audiencia para la continuación de esa vista pública entre tanto realizaba un estudio de ello.
6. El día 26 de noviembre de 2019 el Despacho judicial de conocimiento frente a las solicitudes probatorias de la Fiscalía decretó algunas y negó otras, en una lectura fluida del respectivo auto interlocutorio, situación que impidió tomar nota de forma detallada, lo cual conllevó a que se pasara por alto la omisión de decreto de una de las solicitudes hecha (factura 0115 del 15 de

septiembre de 2015 por \$3.330.000 a nombre de AYDEE VELASCO VALENCIA por juzgamiento).

7. En ese mismo acto público la Fiscalía interpuso y sustentó en debida forma recurso de alzada que le correspondió al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán- Cauca.
8. El citado Tribunal mediante auto del 9 de marzo de 2020 revocó parcialmente lo decidido por el a quo. De dicho acto se notificó en audiencia del 17 del mismo mes y año.
9. Dada la gran cantidad de pruebas, unas decretadas por el Juzgado de conocimiento y otras por el Tribunal, la Fiscalía se dio a la tarea de filtrarlas una a una frente a cada decisión de primera y de segunda instancia en relación con lo solicitado, labor que demandó un tiempo prudencial y de la cual se logró establecer que el Juzgado de instancia había omitido pronunciarse en relación con uno de los elementos de prueba solicitados (factura 0115 del 15 de septiembre de 2015 por \$3.330.000 a nombre de AYDEE VELASCO VALENCIA por juzgamiento) y por su parte el Tribunal había omitido pronunciarse respecto de los siguientes:
 - Comprobante de egreso 0173 del 15 de septiembre del 2015 por pago hechos a HERNAN DARIO QUINTERO GONZALEZ en cuantía de \$18.960.002 por parte de fundación REDES.
 - Copias pólizas adquiridas por la fundación REDES, de la compañía POSITIVA de seguros en 48 folios.
 - Documentos como facturas, cuentas de cobro, recibos en 37 folios.
 - Los anexos al Informe N° 19-74656 del 22/02/2016 que hace relación a la interceptación del celular de CLAUDIA XIMENA TRUJILLO, en las cuales se hace alusión al cambio y compra de facturas.

- Los anexos al Informe de investigador de campo FPJ 11 N°19-75806 de fecha 09/03/2016.
- Contrato 249 del 2015 celebrado entre ANA BOLENA GARCIA RICARDO (gerente de INDEPORTES CAUCA) y ESTEFANÍA DEL PILAR SÁNCHEZ (4folios).
- Dos (2) talonarios de comprobantes de egreso iniciando uno con copia del N°151 al 180, y originales y copias del 181 al 200 y el segundo con copias del N°0040 al 100.
- Dos (2) talonarios de documentos equivalentes a facturas en copia N°0101 al 0143 salvo el 0139 que se encuentra original y copia y original y copia del 0144 al 0150 y el otro en original y copia N°0151 al 200.
- Los anexos al informe de investigador de campo 19-748887 del 24/02/2016 (interceptaciones telefónicas).
- UN DVD marca maxell SN eCL308185838B04 (grabación que contiene la estrategia que se diseñó al interior de Indeportes-Cauca para defraudar a través de la contratación el erario público).

10. En virtud de lo anterior, en la siguiente sesión de continuación de la audiencia preparatoria llevada a cabo el día 5 de febrero de 2021 y cuando el Juzgado de conocimiento se aprestaba a fijar fecha para el inicio de la práctica probatoria, la Fiscalía en el marco de la lealtad procesal (artículo 12 L. 906/04) le dio a conocer dichas irregularidades, con el fin de que en las dos instancias se adoptara la corrección de lo propio.

11. Ante ello el Juzgado de conocimiento dispuso aplazar la audiencia y solicitó un listado que discriminara lo propio lo cual se cumplió a través del oficio radicado Orfeo 202117160002441 del mismo 5 de febrero de 2021.

12. El día 27 de abril de 2021 en audiencia se dispuso por parte del señor Juez la remisión de lo solicitado por la Fiscalía al Tribunal de Popayán para que allí se pronunciaran acerca de las solicitudes probatorias que quedaron sin decisión, sin que el a quo adoptara las medidas del caso para corregir la irregularidad suscitada en su caso, al no pronunciarse en relación con una de las solicitudes probatorias del ente acusador tal y como incluso lo pidió en ésta audiencia el señor Procurador.

13. Una vez el H. Tribunal adoptó decisión en auto del 1º de junio de 2021, mismo que no fue notificado a la Fiscalía contrario a lo que ocurrió con el primero, el señor Juez Tercero fijó como fecha el día 8 de julio de 2021 para darle lectura, actividad que fue aplazada por parte de la defensa en dos oportunidades.

14. Finalmente, el pasado viernes 23 de julio de 2021 se lleva a cabo audiencia de continuación de audiencia preparatoria y se da lectura al auto del H. Tribunal en el cual se indica, palabras más o menos, que por tratarse de un auto ejecutoriado es imposible modificarse.

15. De esa manera al sustraerse tanto el Juez a quo, como el ad quem a corregir actos irregulares cometidos a su turno, se ha negado a la Fiscalía el derecho a las garantías mínimas probatorias pues lo propio se generó a partir de la omisión, de un lado por la primera instancia, de incluir en la decisión que decretó algunas pruebas y negó otras, un elemento solicitado como tal, y de otro lado, cuando la segunda instancia al resolver la apelación omitió incluir algunas sobre las cuales versó el recurso.

DERECHOS VULNERADOS

Derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en el marco de él, a las garantías

mínimas probatorias reconocidas por la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-163 de 2019.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Acudo ante ustedes Honorables Magistrados dentro del término razonable para ello dadas las vicisitudes por las que ha pasado la actuación y que se describen en el acápite de “hechos”, con el fin de solicitar amparen el Derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, y en el devenir de él, el de las garantías mínimas probatorias que han sido reconocidas por la Honorable Corte Constitucional¹.

Dando alcance al artículo 29 Constitucional, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. El derecho a **obtener acceso a la justicia**. Derecho a la independencia del Juez. Derecho a la igualdad entre las partes intervenientes en el proceso. Derecho a un Juez imparcial. Derecho a un Juez predeterminado por la ley. La favorabilidad en la pena. Derecho a la defensa. **Derecho a presentar pruebas**.

El derecho al debido proceso entraña el servicio del Estado a través de la administración pública, lo que hace remisión al artículo 229 de la Constitución Política en donde describe que cuando un funcionario **omite sus deberes o se extralimita en sus poderes o funciones**, no sólo quebranta los elementos esenciales del proceso, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de **acceso**

¹ Ver sentencia C-163 de 2019 M.P. FAJARDO, RIVERA, Diana.

a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas en calidad de administrados.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un **acceso igualitario de los jueces**, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo, entre otras².

De la misma manera, según la H. Corte Constitucional, en lo que se ha denominado el debido proceso probatorio indica que: “el **debido proceso probatorio** supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa. De este modo, ha afirmado que estas tienen derecho (i) a presentar y **solicitar pruebas**; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que **las pruebas sean decretadas**, recolectadas y practicadas con base en los **estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto**, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decrete y pratique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.”. (el resalto es mio)

² Ut supra 1. Tomada de las Sentencias T-073 de 1997. M.P. NARANJO, MESA, Vladimiro y C-980 de 2010. M.P. MENDOZA, MARTELO, Gabriel, Eduardo: En relación con el debido proceso se dijo, entre otras: “implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción.”

El artículo 228 superior consagra, entre otros aspectos el respeto por el derecho sustancial en el marco de las actuaciones públicas, mismo que se diluye cuando se anteponen argumentos equívocos para presentar como legítima una decisión que es producto de una omisión o error por parte de quien ostenta la facultad de decidir. En ese sentido agrega la H. Corte Constitucional: “el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la Ley.”³

Y agrega: “La manera de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., se encuentra debidamente prevista por el Legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes.”⁴

De otro lado el artículo 139 de la ley 906 de 2004 dispone: “**Deberes específicos de los jueces.** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes:

1. (...).
2. (...).
3. Corregir los actos irregulares.
4. (...).” De manera que al no hacerlo bien podría estarse en contravía de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional⁵.

³ Consultar Sentencia C-980 de 2010. M.P. MENDOZA, MARTELO, Gabriel, Eduardo.

⁴ Ut supra 1

⁵ Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

En el caso sometido a su conocimiento señores Magistrados, se dejó de corregir un par de actos irregulares, uno en primera y otro en segunda instancia tal y como lo develan los hechos presentados que se sustentan en las pruebas arrimadas, pues, insístase, el señor Juez de primera instancia dejó de emitir decisión frente a una de las solicitudes probatorias de la Fiscalía según dijo en audiencia por error involuntario, y, a su turno el ad quem, omitió pronunciamiento en relación con varias solicitudes probatorias que negara el a quo en su momento y fuera motivo de recurso de alzada por la Fiscalía, situación que ambos habían podido corregir adicionando su decisión o en el caso extremo declarando la nulidad del acto respectivo. Así las cosas, se adoptó una determinación “con ostensible desviación del sendero normado, sin ecuanimidad y apoyado en el capricho o en la subjetividad”⁶

Con todo y acorde con lo dicho hasta el momento, con el respeto debido considera este delegado que se le vulneró al ente acusador el derecho al debido proceso probatorio y al “no disponer de medios ordinarios y efectivos”⁷ para solucionar el asunto, debo apelar a esta vía.

PRUEBAS

Ruego a ustedes señores Magistrados se sirvan tener en cuenta como fundamento de los hechos, las siguientes pruebas:

1. Escrito de acusación radicado el 27 de agosto de 2016.
2. Acta de inicio de audiencia preparatoria de fecha 22 de junio de 2018.

⁶ Ver STC3705-2018 Radicación N°. 11001-02-04-000-2017-02189-01. M.P. CABELLO, BLANCO, Margarita.

⁷ ver entre otras, CSJ STC, 3 de mar. 2011, rad. 00329-00

3. Audio de continuación audiencia preparatoria de fecha 21 y 22 de enero de 2019.
4. Acta y audio continuación audiencia preparatoria del 26 de noviembre de 2019.
5. Auto del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán del 9 de marzo de 2019.
6. Auto de sustanciación del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán del 17 de marzo de 2020.
7. Acta de continuación de audiencia preparatoria del 5 de febrero de 2021.
8. Oficio Orfeo radicado 20217160002441 dirigido al Dr. FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ Juez 3º Penal del Circuito de Popayán del 5 de febrero de 2021.
9. Acta y audio de continuación de audiencia preparatoria del 27 de abril de 2021.
10. Acta del 8 de julio de 2021 que aplaza continuación de audiencia preparatoria.
11. Auto del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán del 1º de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992. Igualmente, en el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 25º de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito a ustedes señores Magistrados disponer y ordenar a favor de la fiscalía general de la Nación lo siguiente:

1. Se ordene al Juzgado 3º Penal del Circuito de Popayán-Cauca, que corrija el acto irregular que sobrevino de la omisión al dejar de pronunciarse acerca del decreto o no de una de las solicitudes probatorias hechas por la fiscalía.
2. Se ordene al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán-Cauca, que corrija el acto irregular que sobrevino de la omisión al dejar de pronunciarse acerca de la confirmación o revocatoria de la decisión de primera instancia del 26 de noviembre de 2019 en relación con las solicitudes probatorias descritas en el numeral 9º de los hechos de ésta acción pública y que fue motivo de alzada.

ANEXOS

1. Copia de la tutela con sus anexos (documentos relacionados en el acápite de pruebas) de la tutela para el correspondiente traslado a la accionada.
2. Copia de la tutela para el archivo de la Sala.
3. Copia de los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 37 DE DECRETO 2591/91: JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos relacionados en la presente.

NOTIFICACIONES

- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán: Calle 3 No. 3-31 Palacio Nacional, Popayán-Cauca.
- Juzgado 3º Penal del Circuito de Popayán: Palacio de Justicia de Popayán oficina 229.

Senores Magistrados,

NELSON HERNANDEZ DIAZ

Fiscal 7º Especializado Adscrito a la Dirección Especializada Contra la Corrupción

Avenida "La Esperanza" No. 51-40 piso 8º

Teléfono: 3506010941

Correo electrónico: nelson.hernandezd@fiscalia.gov.co