



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

STP13606-2021

Radicación n.º. 119669

Acta 269

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela instaurada por **RAÚL HERNANDO MOJICA MORA**, contra la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CÚCUTA** y el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO** de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Al trámite se vinculó a las partes e intervenientes en el proceso radicado bajo el No. 2016-83151.

ANTECEDENTES

De la demanda de tutela y anexos se extracta que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Cúcuta, adelanta el proceso radicado bajo el No. 2016-83151, contra RAÚL HERNANDO MOJICA MORA, entre otros.

Indicó el accionante que el 15 de julio de 2021, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que su defensor solicitó la exclusión de los testimonios de dos agentes de la policía, debido a que para el momento en que dichos servidores se desempeñaron como agentes encubiertos, no pertenecían a la unidad de policía judicial ni estaban capacitados para realizar tal rol.

Agregó que las audiencias de control posterior realizadas ante los Jueces de Control de Garantías no se llevaron a cabo dentro del término de las treinta y seis (36) horas, ni se realizó ningún test sobre el uso de la figura del agente encubierto, ni control previo.

Señaló que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Cúcuta, luego de escuchar a las partes, negó la exclusión solicitada, al considerar que la utilización de los agentes se presentó conforme a la ley, dentro del término establecido por la Dirección Seccional de Fiscalías y los resultados fueron presentados ante el Juez de Control de

Garantías, pero no emitió pronunciamiento en torno a la falta de realización del test de ponderación.

Refirió que inconforme con dicha decisión, su apoderado instauró el recurso de apelación, por lo que las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, autoridad que resolvió la alzada en forma negativa a sus intereses.

Sostuvo que las autoridades demandadas incurrieron en vía de hecho, toda vez que no tuvieron en consideración que la figura del agente encubierto debe ser realizada por un integrante de la policía judicial o un particular, debidamente capacitado; los resultados se deben presentar ante el Juez de Control de Garantías en las 36 horas siguientes a la terminación de la operación y no de la presentación del informe y para su utilización se requiere el análisis respectivo.

En ese contexto, pidió el amparo de los derechos al debido proceso, defensa e intimidad y en consecuencia, que se rehiciera la actuación, en el sentido de excluir los testimonios cuestionados y las demás evidencias recolectadas por los servidores que se desempeñaron como agentes en cubierto.

TRÁMITE Y RESPUESTA

DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

1. El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta refirió que conoció del recurso de apelación instaurado por el apoderado de MOJICA MORA contra la decisión proferida el 15 de julio de 2021, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento, en la que negó la solicitud de exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencias documentales.

Afirmó que el 12 de agosto del año en curso, resolvió confirmar la providencia recurrida, por lo que se atenía a las consideraciones expuestas en dicha decisión.

De otro lado, informó que el coprocesado Mauricio Parra presentó acción de tutela, por los mismos hechos y pretensiones.

2. La escribiente del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Cúcuta señaló que adelanta el proceso No. 2016-83151, contra el accionante, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, cohecho y favorecimiento al contrabando de hidrocarburos.

Señaló que en sesiones del 23 de junio y 15 de julio del año en curso, se adelantó la audiencia preparatoria y se negó la exclusión solicitada por la defensa; decisión contra la que

se instauró el recurso de apelación, resuelto el 12 de agosto siguiente.

Afirmó que en dicha actuación no se han vulnerado los derechos del actor, por lo que se debe negar la protección invocada.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela presentada en favor de RAÚL HERNANDO MOJICA MORA.

2. Aclaración previa.

En el presente caso manifestó el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que MAURICIO PARRA, compañero de causa del accionante, presentó demanda de tutela por los mismos hechos y pretensiones.

Al respecto debe indicar la Sala que no hay lugar a analizar la procedencia de la figura de la temeridad, pues los

demandantes son diferentes, por lo que no hay identidad de partes.

3. Análisis del caso concreto.

En el presente evento, RAÚL HERNANDO MOJICA MORA solicita por vía de tutela dejar sin efectos las decisiones proferidas el 15 de julio y 12 de agosto de 2021, a través de las cuales el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento -en primera instancia- y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta – en sede de apelación-, negaron la exclusión de unas pruebas solicitadas por la Fiscalía, en el marco de la audiencia preparatoria, en cuanto advierte la vulneración de sus derechos fundamentales.

Sobre el particular, debe indicar la Sala que de conformidad con lo normado en el inciso 3º del artículo 86 ejusdem, la acción de tutela únicamente es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicho presupuesto ha sido reconocido de manera reiterada por la jurisprudencia de esta Sala, como por la de la Corte Constitucional, al sostener que la herramienta constitucional en cita no es una tercera instancia, ni tampoco mediante ella se puede suplantar al juez natural al interior del proceso penal para revivir etapas ya feneidas o

exponer, en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que actualmente son objeto de debate en los cauces ordinarios.

En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional que «...la idea de aplicar la acción de tutela en procesos judiciales que están en trámite o terminados, pugna, por regla general, con el ordenamiento jurídico; porque cada procedimiento judicial cuenta con los mecanismos que se requieren para garantizar el debido proceso y la justicia efectiva»¹.

Además, la Corte Constitucional puntualizó sobre la improcedencia de la acción tutela en los casos en los que se alegue una vía de hecho en relación con una actuación judicial en trámite, que:

De acuerdo, también, con la amplia jurisprudencia de la Corte, la acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. De allí que la Corte ha señalado que no toda irregularidad en el trámite de un proceso constituye una vía de hecho amparable a través de esta acción. (Sentencia CC T-418 de 2003).

¹ Fallo T-967 de 2010, Corte Constitucional.

Así las cosas, atendiendo el marco legal y jurisprudencial reseñado, resulta evidente que en el presente caso no se cumple el requisito de la subsidiariedad.

Lo anterior, debido a que la inconformidad que plantea RAÚL HERNANDO MOJICA MORA se presenta en torno a una actuación que se encuentra en trámite, toda vez que de acuerdo con la demanda de tutela y las respuestas allegadas, en el proceso en cita, está pendiente la continuación de la audiencia preparatoria programada para el 20 de octubre de 2021, oportunidad en la que su representante puede ejercer el derecho de contradicción, al igual que en el juicio oral.

Además, si la sentencia se emite en contra de sus intereses, el hoy accionante puede interponer el recurso de **apelación** y plantear los argumentos que ahora presenta por vía de tutela y contra la sentencia de segunda instancia procede el recurso extraordinario de **casación**, medios idóneos de control constitucional, el primero, de la sentencia que profiera el *A quo*, y el segundo, tanto de la providencia de segundo nivel, como del proceso penal en su integridad.

En ese orden, considera la Sala que un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, constituye un aspecto ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela, que se limita a ejercer un control constitucional, pero de ninguna manera extensivo al de acierto propio de las instancias, pues la acción de amparo ha sido instituida para garantizar la

defensa de los derechos fundamentales, pero no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes.

En efecto, uno de los presupuestos de procedibilidad consiste justamente en que se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial², y ello aquí no ha ocurrido; por lo tanto, el juez de tutela no puede desplazar a la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento propio de sus funciones, tal y como lo pretende el demandante con esta acción.

Afirmar lo contrario, equivale a que todas las decisiones -incluso las de trámite- que se toman en el transcurso de la actuación penal estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales y ello no es así.

Por lo anterior, para la Sala no es posible estudiar de fondo lo debatido ni adelantar su posición al respecto, ya que -se reitera- se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los jueces naturales y sobre el cual existen pendientes otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata.

² Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 50.399, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488, entre otras.

Así las cosas, se declarará improcedente el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1°. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado.

2°. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3°. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

CUI 11001020400020210200200
Radicación tutela n°. 119669
Tutela primera instancia
Raúl Hernando Mojica Mora



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala Casu

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA