

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente**

AP1284-2015

Radicación No. 45293

(Aprobado Acta No. 100)

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'E. Patiño'.

Bogotá, D.C, once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

VISTOS

Se pronuncia la Corte acerca del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del Brigadier General® **FRANCISCO PATIÑO FONSECA** ex Comandante la Policía Metropolitana de Bogotá, contra la decisión proferida por un Magistrado de la Sala Penal el Tribunal Superior de Bogotá con funciones de control de garantías, por cuyo medio impartió control de legalidad previo a la orden de la Fiscalía de realizar búsqueda selectiva en bases de datos.

HECHOS

El Fiscal 6° Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, los relató así:

“En desarrollo de una persecución policial realizada el 19 de agosto de 2011 en el norte de esta ciudad, carrera 71 D con calle 116 A siendo aproximadamente las 10:20 de la noche, se produjo la muerte del joven DIEGO FELIPE BECERRA LIZARAZO de 16 años de edad. El patrullero de la Policía Nacional, adscrito al Cai Andes WILMER ANTONIO ALARCÓN VARGAS, le propino un disparo con su arma dotación y luego lo trasladó gravemente herido a la clínica Shaio, en donde minutos después falleció como consecuencia de las heridas producidas por un proyectil.

En la correspondiente investigación, se estableció que DIEGO FELIPE BECERRA se dedicaba a pintar grafitis debajo del puente de la avenida Boyacá con 116. Al advertir la presencia de la Policía salió corriendo por temor a ser conducido a una estación policial, fue entonces, cuando el patrullero le disparó causándole la muerte.

La misma indagación arrojó que frente a la evidencia del error, al parecer miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá, alteraron la escena de los hechos poniendo un arma cerca del cuerpo del occiso y le crearon un perfil criminal, señalándolo de pertenecer a una banda delincuencia que, minutos antes, había atracado un bus de servicio público, situación que no correspondía a la realidad. Para el efecto, habrían contactado al señor JORGE ELIECER NARVAEZ conductor de un colectivo que, el 18 de agosto de ese año, había sido víctima de un atraco para que denunciara el hurto como ocurrido en la misma fecha del homicidio de DIEGO FELIPE

y reconociera al hoy occiso en imágenes de prensa como uno de los autores del ilícito, lo que en efecto hizo el día 22 de agosto.

El Fiscal 295 Seccional Único Anticorrupción de Bogotá a cargo del caso, ordenó escuchar en entrevista al patrullero de la Policía Nacional JOHAN ROLANDO SOLER LÓPEZ, quien recibió la denuncia de JORGE ELIECER NARVAEZ por un presunto hurto en el Cai del Barrio 20 de Julio. El patrullero SOLER LÓPEZ sostuvo en la entrevista que cuando se disponía a imprimir la denuncia llegó mi J1 "es decir mi General **PATIÑO**", fui "al paner" por la impresora y cuando volví mi General **PATIÑO** estaba dentro del Cai con el señor denunciante y, la Teniente LEIDY, no me dejó entrar al Cai y me dijo que esperara que mi General **PATIÑO** estaba hablando con el señor. Pasados cinco minutos, mi General **PATIÑO** salió del Cai y yo ingresé a imprimir la denuncia¹.

ACTUACIÓN PROCESAL Y SOLICITUD DE LA FISCALÍA

El mismo funcionario investigador, refirió:

"Teniendo en cuenta lo anterior el Fiscal 295 Seccional Anticorrupción de esta ciudad ordena la compulsa de copias para que se investigue la conducta del señor brigadier general **FRANCISCO PATIÑO FONSECA** como Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá por cuanto en las diligencias se estableció que los hechos denunciados por JORGE ELIECER NARVAEZ no ocurrieron el día 19 de agosto de 2011 sino el 18 del mismo mes y año, como también, que algunas personas intervinieron para que el quejoso señalara no solo

¹ Record: 2:42 a 5:22. Intervención del fiscal en la audiencia del 27 de enero de 2015.

una fecha distinta sobre la ocurrencia de los hechos, sino que se prestara para que ante los medios de comunicación señalara al hoy occiso como participe de un hurto, en el cual se tiene la certeza racional no participó ya que no existe elemento de juicio alguno que respalde tal afirmación.

La presencia del señor Brigadier **PATIÑO FONSECA** en la tarde del 22 de agosto de 2011 en el Cai del barrio 20 de Julio cuando **JORGE ELIECER NARVAEZ** presentó la denuncia dio lugar a la presente indagación encaminada a esclarecer los hechos en los cuales aparece vinculado el alto oficial de la Policía Nacional y determinar cuáles fueron sus concretas actuaciones como Director de la Mebog con ocasión del homicidio de quien en vida respondiera al nombre de **DIEGO FELIPE BECERRA**. El día 31 de mayo de 2013 mediante resolución 02124 el señor Fiscal General de la Nación delegó la indagación a este despacho y en la misma fecha se elaboró su programa metodológico y el 25 de julio de 2013 se escuchó al señor Brigadier **PATIÑO FONSECA** en diligencia de interrogatorio indiciado.

En virtud de las ordenes de policía judicial proferidas por el despacho, se han obtenido diversos informes de los funcionarios destacados para el caso entre ellos el del 19 de agosto distinguido con el número 20144290005481 y 20144290005491 y el del 3 de septiembre de 2014 con número 20144290005901 que evidencian algunas inconsistencias en las manifestaciones que hizo el señor Brigadier General **PATIÑO FONSECA** en su diligencia de interrogatorio sobre el contacto con algunos funcionarios de la Policía Nacional involucrados en estos hechos, toda vez que refieren una visita realizada por el señor Brigadier General **PATIÑO FONSECA** al patrullero **WILMER ANTONIO ALARCÓN** acompañado de una persona de la cual se desconoce su nombre y respecto del que solo se obtuvo su número telefónico "312 2860592" para tal contacto.

Con fundamento en lo anterior se estimó pertinente ordenar como actividad investigativa una búsqueda selectiva en base de datos con el fin de recaudar en las empresas de telefonía móvil Claro Movistar y Avantel, copia de los datos biográficos del titular de la línea 312 2860592 de las sábanas de las llamadas entrantes y salientes así como de los mensajes de texto correspondientes al periodo del 1o de abril al 31 de mayo de 2012, tal visita al parecer, fue el "24 de 2012" determinando la ubicación exacta de cada antena de inicio y terminación con nomenclatura y coordenadas geográficas. Así mismo, establecer de cada llamada y mensaje, cual fue la antena de inicio; cual la de terminación y obtener copia del contrato firmado por el usuario de la mencionada línea 312 2860592.

*Esta actividad de investigación se considera plenamente justificada para tratar de establecer la veracidad de los hechos atribuidos al ex comandante de la Policía Metropolitana señor Brigadier General **PATIÑO FONSECA**. Como se indicó antes, surgen algunas inconsistencias relacionadas con el contacto que pudo tener el señor Brigadier con los funcionarios de la Policía Nacional involucrados en esta hechos y que hoy están privados de la libertad que rodearon el homicidio el joven **DIEGO FELIPE BECERRA** como su intervención o no en la alteración de la escena de los hechos y la creación de un perfil criminal a la víctima.*

Con la información obtenida, posteriormente se solicitará a la Sección de Análisis Criminal del CTI, realizar el correspondiente análisis link que permita determinar con quiénes tuvo contacto el titular de la línea 312 2860592, y demás aspectos relevantes para la indagación.

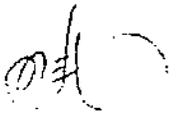
En este caso, la intervención mediante la búsqueda de información contenida en bases de datos que no son de libre acceso al público son dos los derechos a la intimidad y al hábeas data de lo cual es el titular del usuario de la línea 312 2860592. Así, resulta proporcional al interés de la justicia en esclarecer los hechos que pudieran ser constitutivos de delitos atribuidos al Ex Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá. La actividad de investigación en comento está contemplada en la ley y no existe en este caso, un medio igualmente eficaz y menos gravoso que pueda conducir al logro del fin enunciado por ende se tiene que la misma es legítima atendiendo su finalidad, así como a criterios de pertinencia idoneidad y necesidad.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la actividad investigativa prevista en el artículo 2464 de la Ley 906 de 2004 requiere autorización previa del juez de control de garantías de acuerdo con lo señalado en la sentencia C- 336 del 9 de mayo de 2007 de la Corte Constitucional y que en casos seguidos contra funcionarios amparados con fuero constitucional como son los generales de la fuerza pública, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá ejerce dichas funciones, comedidamente solicito a usted Honorable Magistrado autorizar la búsqueda selectiva en base de datos a que se viene haciendo referencia por un término de 30 días².

11:32

El Ministerio Público y la representante de la víctima, acogieron la solicitud. No así, el defensor del indiciado, toda vez que se opuso a la misma.

² Record: 11:32.



DECISIÓN IMPUGNADA

El Magistrado de Control de Garantías del Tribunal Superior de Bogotá, accedió a la solicitud del ente de persecución penal. En consecuencia, autorizó la búsqueda selectiva en las bases de datos de los operadores de telefonía móvil Claro, Movistar y Avantel, respecto de la línea telefónica 3122860592, por el término de 15 días.

Para lo cual, argumentó.

La medida podría interferir en el derecho fundamental de la intimidad del indiciado **FRANCISCO PATIÑO FONSECA**, razón suficiente para estimar que el ente acusador debe solicitar el control de legalidad previo, acerca de la misma.

La solicitud es pertinente, en tanto que con la información que se persigue, se intenta dilucidar las contradicciones que vertió el indiciado en su interrogatorio, sobre la muerte violenta del joven **DIEGO FELIPE BECERRA** y su participación en la alteración y manipulación de la investigación.

Es proporcional; aunque podría afectarse el derecho a la privacidad del implicado, el mismo no es absoluto y,

debe ceder, ante otros como el de la vida y la recta administración de justicia, presuntamente afectados.

La petición es idónea para alcanzar la finalidad perseguida como lo es la identificación del titular de la línea celular 3122860592, las llamadas que se hicieron desde allí y las que se recibieron en el mismo teléfono móvil, como sus mensajes de texto y las antenas, dentro del lapso comprendido entre el 1º de abril y 31 de mayo de 2012.

Finalmente, es necesaria puesto que se ignora que pueda existir otro medio que permita obtener el mismo resultado y, además, porque los hechos con los que se relaciona la pretensión son graves, y el interés de la sociedad en su esclarecimiento, es preponderante.

CONSIDERACIONES

La Corte no tiene competencia para resolver los recursos de apelación contra las decisiones adoptadas en desempeño de la función de control de garantías, por magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de actuaciones seguidas contra funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional.

A los servidores públicos de dicho orden, previa acusación del Fiscal General de la Nación, el vicefiscal o de los delegados de aquel ante esta Corporación, los juzga la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así se desprende del artículo 235.4 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 06 de 2011.

Acótase que dicha modificación, la justificó la necesidad de liberar a aquel alto funcionario investigador, de una parte de la carga laboral que le impedía cumplir a cabalidad con todas sus funciones, pues antes de la reforma, solo él podía acusar a quienes gozaban de la mentada prerrogativa, con pocas posibilidades de concurrir a todas las audiencias en las que debía intervenir en acatamiento de la preceptiva constitucional ya superada con el cambio.

Conforme a la disposición de que se trata, los generales y almirantes de la Fuerza Pública, gozan de fuero Constitucional y, a causa de ello, encuentran en esta Corte a su juez natural que en guarda del principio de imparcialidad que es consustancial al debido proceso establecido en el artículo 29 Superior; además, por lo señalado en el canon 250.1 *ibídem* y 39, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal de 2004, en el sentido de que el juez que ejerza el control de garantías no podrá ser el juez de conocimiento o, quedará impedido para

asumir la función del conocimiento del mismo caso en su fondo, máxime cuando las decisiones y el fallo que emerge de esa clase de asuntos están clasificados como de única instancia, se abstendrá de resolver la alzada basándose en lo que en un caso similar dijo, según las siguientes líneas:

*Frente a dicha preceptiva constitucional, debe recordarse que el fuero es una prerrogativa que la Constitución reconoce a los altos funcionarios del Estado, dada su jerarquía, la importancia de la institución a la cual pertenecen, sus responsabilidades públicas y la trascendencia de su investidura, privilegio que, por disposición de la Carta, acarrea la circunstancia de que siendo la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, la encargada de su juzgamiento, las determinaciones adoptadas en el proceso penal, sin excepción alguna, son de **única instancia**.*

*Precisamente, dentro de ese marco jurídico constitucional y legal y tratándose de los altos servidores públicos, es el Fiscal General de la Nación el facultado para realizar la investigación y la acusación, como en efecto ha ocurrido en el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, toda vez que ha sido el Fiscal General quien, como consecuencia de la investigación que adelanta, imputó a **Dorado Dávila** la comisión de unas conductas punibles realizadas en el ejercicio de su función pública.*

*Ahora bien, no debe olvidarse que el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, a través del cual se modificó el artículo 250 de la Constitución Política, según el cual "El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, **en ningún caso**, el juez de*

conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función", es una de las disposiciones que permitieron el surgimiento y la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que desarrolló el sistema penal con tendencia acusatoria, el cual se encuentra sustentado, entre otros, en el importante principio de imparcialidad.

De ahí que el párrafo 1° del artículo 39 de la Ley 906 de 2004 asignó a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la función de jueces de control de garantías en los procesos de competencia de la Corte Suprema de Justicia y relacionados con los funcionarios con fuero constitucional, razón por la cual la Corte no está legitimada para ejercer dicha función, de manera que resolver el recurso de apelación aquí interpuesto, en su condición de superior jerárquico, como se pretende, vulnera el precepto comentado.

Así las cosas, el Magistrado con función de control de garantías del Tribunal Superior de Bogotá al conceder el recurso de apelación omite la hermenéutica lógica de la sistemática normativa del trámite en el sistema adversarial, que no faculta la modificación de competencias y procedimientos, de suerte que es equivocado el razonamiento de pretender que la Corte actúe como juez de garantías y juez de conocimiento, menos aún cuando, como se indicó, se trata de un proceso que, por disposición constitucional y legal, se adelanta en única instancia, trámite que, como lo concluyó la Corte Constitucional a través de la sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006, en manera alguna vulnera los derechos de los altos funcionarios del Estado en su condición de imputados o acusados.

Y si bien es cierto que los artículos 20 y 176 del Código de Procedimiento Penal, normas sobre las cuales el funcionario judicial

concedió en este caso la impugnación, contemplan la "doble instancia" y regulan la "apelación", también lo es que dichas preceptivas textualmente se encargan de precisar que dicho recurso se puede interponer "salvo las excepciones previstas en este código" (artículo 20) o "salvo los casos previstos en este código" (artículo 176), excepción o salvedad que de manera lógica está referida a los procesos de única instancia adelantados contra los aforados constitucionales o legales.

Además, lo contrario provocaría dificultades en el desarrollo del sistema acusatorio en los casos de juzgamiento de los altos funcionarios cobijados con fuero, provocando el impedimento de la Sala. (CSJ SP, 27 Jun. 2007, Rad. 27488).

Téngase en cuenta que a **PATIÑO FONSECA** la Fiscalía le sigue una indagación por su actuación como Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, en la investigación de un caso de homicidio, presuntamente a manos de un subalterno suyo, de manera que es indiscutible su calidad de aforado por ministerio de la Constitución Política, que su juzgamiento está asignado a esta Sala y, que, el trámite procesal, se adelanta en única instancia.

En síntesis, la Corte se abstendrá de conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del indiciado con fuero Constitucional **PATIÑO FONSECA**.

En razón de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1.- **Abstenerse** de resolver el recurso de apelación, presentado por el defensor el indiciado General **FRANCISCO PATIÑO FONSECA** contra la decisión dictada el 27 de enero de 2015, mediante la cual un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con función de control de garantías, impartió aprobación a la solicitud de la Fiscalía de búsqueda selectiva en bases de datos.

2.- Contra lo aquí decidido, no procede recurso alguno.

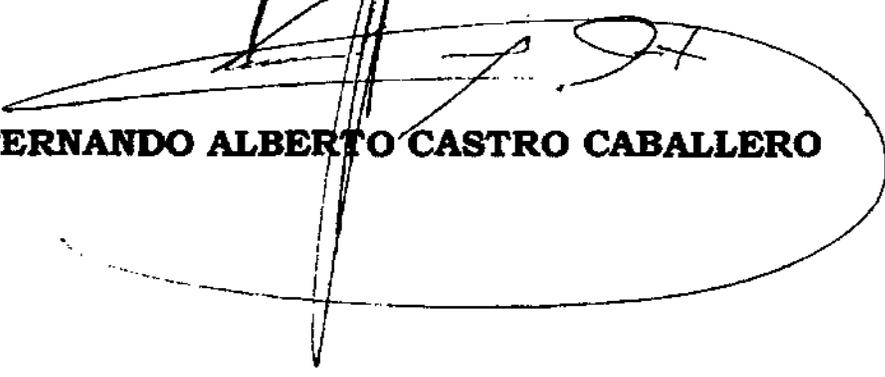
Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

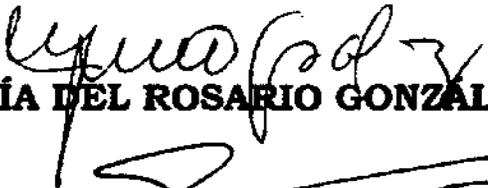


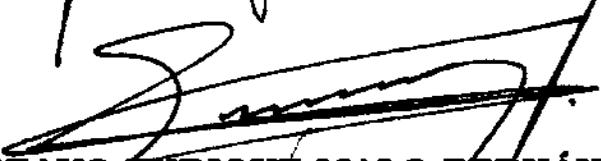
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

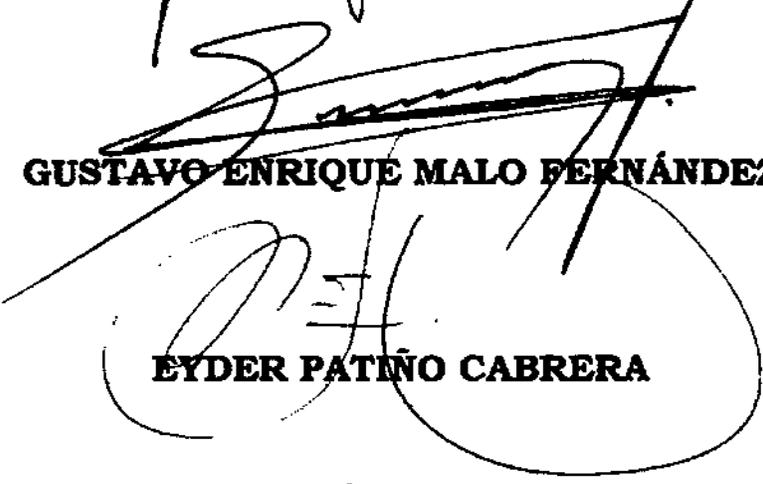
43 MAR 2016

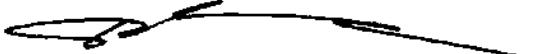
Radicado: 45293
FRANCISCO PATIÑO FONSECA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ


EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria