



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP16925 - 2021

Tutela de 1ª instancia No. 120477

Acta No. 306

Bogotá D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la acción interpuesta mediante apoderado por **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS**, contra Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Tuluá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, por la presunta vulneración de derechos fundamentales.

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo, las partes e intervinientes en el proceso penal que da origen

a la queja. Así como a la Fiscalía 19 Local de Tuluá, que adelanta investigación bajo el SPOA 768346000187-2020-00760.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del contenido de la demanda de tutela y sus anexos, se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, adelanta proceso con SPOA 768346000187 202000782 por el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en contra de los señores **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO, STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS** y otros, privados de su libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta con ocasión de esta actuación.

2. El 5 de agosto se adelantó audiencia de formulación de acusación, en cuyo desarrollo la Fiscalía 30 Seccional, enrostró el punible de porte de armas de fuego agravado en virtud de los numerales 1 y 5 bajo los verbos rectores transportar y portar.

3. La vista preparatoria se ha adelantado en diferentes sesiones, empezando el 8 de marzo de 2021, para proseguir el 29 de abril y 24 de mayo de la misma anualidad, oportunidad en la que se solicitó el cambio de radicación por parte de la defensa de los accionantes, aduciendo que en

Tuluá no hay garantías de imparcialidad y se ve seriamente afectada la independencia de la administración de justicia y las garantías procesales, además, alegó que está en riesgo la seguridad e integridad personal de los defensores y los procesados, pues sus prohijados son inocentes y la policía les implantó las armas y elementos materiales de prueba.

Escuchados los argumentos de las partes, el juzgado remitió la actuación al Tribunal Superior de Buga, Sala Penal que, a través de providencia del 21 de julio de 2021 negó el cambio de radicación solicitado, tras advertir que el argumento que la sustenta es insuficiente, aunado a que carece de los elementos cognoscitivos que la respalden.

4. Inconforme con la decisión adoptada, **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS** promueven mediante apoderado acción constitucional en procura de amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y *«principios de la confianza legítima y buena fe»*.

Del extenso y confuso escrito de tutela se logra inferir que el libelista cuestiona lo resuelto por el Tribunal accionado frente al cambio de radicación, en tanto considera que se incurrió en *«error inducido por amputación de elementos materiales de prueba y en defecto fáctico por omisión valorativa de las pruebas allegadas con la solicitud»*.

Sostiene que se emitió un auto con características de fallo de única instancia, rodeado de *«extrañas circunstancias porque el Honorable Magistrado que lo profirió, presuntamente, nunca supo que los elementos materiales de convicción que sustentan la solicitud, habían sido sustraídos, y si lo supo, no los requirió a quien los sustrajo del debate procesal, por acción o por omisión (más por acción), y porque bajo las circunstancias que refiero y temiendo que los elementos de prueba serían sustraídos advertí a la Secretaría de la Sala Penal, que esos elementos debían llegar con la solicitud, y en la Secretaria del Tribunal me mintieron afirmando que ya habían sido pasados al Magistrado»*.

Precisa que, cuando se refiere a la *«PRUEBA SUSTRADA»*, se trata de pruebas que le fueron *amputadas* a la solicitud de cambio de radicación. Y en cuanto a la *«PRUEBA APORTADA»*, tiene que ver con los elementos materiales de prueba que sí fueron aportados con la petición, sobre todo las documentales en texto y las videográficas de las audiencias celebradas en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá.

Por último, indica que, si bien intentó evitar la consumación de la vulneración aquí denunciada, le fue obstaculizado ejercer cualquier acción que lo impidiera.

5. Por lo expuesto, solicita conceder el amparo de las garantías fundamentales invocadas y, i) se *«decrete la nulidad*

del Auto AC-252-21/40. Aprobado según Acta No.280 en Guadalajara de Buga, veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021), impugnado mediante esta acción de tutela»; ii) se ordene «proferir un fallo de reemplazo ordenando el cambio de radicación de los procesos SPOA 76-834-60-00-187- 2020-00782, que se tramita en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Tuluá».

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

El 5 de noviembre pasado, el despacho admitió la acción propuesta y no accedió a la medida provisional solicitada. Asimismo, surtió el traslado a los accionados y vinculados al trámite, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. **La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga** informó que, el 16 de julio de 2021, a las 7:44 am, se recibió por parte del Centro de Servicios Judiciales la solicitud de cambio de radicación elevada por los abogados de **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS**, quienes son procesados por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas fuego, partes o municiones, asunto al cual se le asignó el radicado 76834-60-00-187-2020- 00787-01. AC-252-21/40.

Advirtió que una vez se descargaron los archivos, no se pudo acceder a dos de los audios remitidos, así que, en correo de la misma fecha de reparto -16/07/21-, se requirió para que los enviaran en debida forma.

En cumplimiento de este requerimiento, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, el 16 de julio a las 15:48 horas, envió nuevamente el expediente digitalizado con la autorización para acceder a los audios que contienen las audiencias de formulación de acusación y preparatoria.

Dentro del término legalmente establecido, se procedió a emitir la decisión de 21 de julio de 2021, en la que se negó la pretensión de cambio de radicación, la que se adoptó con fundamento en los medios de convicción que fueron aportados por parte del juzgado de conocimiento.

Destacó que la mencionada providencia no es contraria a derecho ni afecta las garantías constitucionales de la parte demandante, por cuanto se tomó analizando en debida forma el caso concreto, aplicando la normatividad pertinente y con fundamento en los medios probatorios contenidos en el expediente digital, tal y como se aprecia en sus consideraciones.

2. El abogado **Luis Emilio Quiceno Torres**, adscrito al Sistema de Defensoría Pública de Tuluá, manifestó que no ha representado a ninguno de los acusados dentro de la investigación motivo de la presente acción de tutela, en tanto fue desplazado por los profesionales del derecho de confianza que fueron contratados por ellos y a los cuales el Juzgado Primero Penal del Circuito en su momento les reconoció personería.

3. La **Fiscalía 19 Local Unidad de Hurtos y Estafas de Tuluá**, informó que al verificar en el sistema misional SPOA la denuncia con radicado SPOA 768346000187202000760, encontró que se encuentra asignada a ese despacho fiscal desde el día 11 de marzo de 2020, estado actual *ACTIVO*, por hechos sucedidos el 9 de marzo de 2020.

Teniendo en cuenta las solicitudes elevadas por los accionantes, precisó que la contestación la circunscribirá a las actuaciones adelantadas dentro del radicado No. 68346000187202000760, relacionado en el requerimiento realizado por el apoderado de los señores **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PEREZ ARENAS**, respecto de los videos utilizados como material probatorio dentro de la investigación SPOA 768346000187202000782, recolectados por esa agencia fiscal, de los cuales, se dice, fueron alterados a conveniencia de dicha investigación.

De ahí que, puntualizó, dicha solicitud se motiva frente a las audiencias realizadas bajo la investigación SPOA 768346000187202000782, de competencia de la Fiscalía 30 Seccional.

Por tanto, se entiende que en la actualidad ha sido superada la situación que generó la solicitud ante ese despacho fiscal, toda vez que se ha emitido respuesta de manera clara, expresa y concreta, dándosele a conocer las actuaciones adelantadas dentro de la investigación SPOA

768346000187202000760 e igualmente de todas las labores adelantadas.

4. La **Procuradora 282 Judicial I Penal de Tuluá** se opuso a la prosperidad del amparo, en tanto no observa vulneración de derecho fundamental alguno durante el trámite del proceso penal que se adelanta contra los accionantes, por el contrario, se ha obrado con el respeto de las garantías de las partes e intervinientes.

Indicó que más allá de las afirmaciones que sustentan la demanda, el defensor de los acusados bien puede en el juicio oral y con todas las pruebas que ha referido, consistentes en videos, fotos, entrevistas y demás, acreditar la inocencia de sus representados, de ahí que, precisa, si aún no se han decretado las pruebas, no es posible señalar que las mismas han sido cercenadas o que no se han tenido en cuenta y, en ese orden, es en el debate oral y público donde el defensor debe acreditar todas las irregularidades expuestas en el presente caso, siendo la acción constitucional una acción residual frente a este tipo de eventos.

5. La **Fiscalía 30 Seccional de Tuluá** se opuso a la medida provisional solicitada en la demanda, por cuanto la continuación de la audiencia preparatoria ya se encontraba programada y el haberse presentado cambio de radicación, no tiene injerencia en el desarrollo normal del proceso.

6. Los demás vinculados guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con el artículo 1º, numeral 5º, del Decreto 333 de 2021, esta Corporación es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, por ser superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si frente a la providencia del 14 de mayo de 2021, mediante el cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga negó el cambio de radicación solicitado por el defensor de **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS**, dentro del proceso penal con radicación No. 768346000187 202000782, seguido contra los accionantes en este asunto por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, de ser así, si debe concederse el amparo invocado.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos establecidos en la ley.

2. Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, su procedencia está supeditada a que cumpla, además de otros presupuestos generales debidamente definidos por la doctrina constitucional, el de subsidiariedad, y se demuestre que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

3. El presupuesto de la subsidiariedad exige que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

4. La jurisprudencia ha sostenido que esta condición se incumple cuando, i) **existe un proceso judicial en curso**, (ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al

accionante no se han agotado, y (iii) es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C. sentencia T-103/2014).

5. Como ya se anunció, en el asunto que ocupa la atención de la Sala el problema jurídico a resolver estriba en determinar si la decisión del Tribunal accionado que negó el cambio de radicación solicitado por la defensa del accionante, desconoce la garantía fundamental al debido proceso, cuya protección se reclama.

6. De la información recogida en el trámite de esta acción se establece que en contra de **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO** y **STEVEN ALEXIS PEREZ ARENAS** se adelanta actualmente el proceso penal con radicado No. 768346000187_202000782, por la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en el cual ya se está llevando a cabo la audiencia preparatoria.

7. Para la Sala, es claro que el presupuesto de subsidiariedad se incumple en este caso, porque el proceso dentro del cual se adoptó la decisión cuestionada se encuentra en curso, siendo por tanto al interior suyo que los accionantes deben plantear las irregularidades que denuncian por vía de tutela, relacionadas con la sustracción o amputación de elementos materiales de pruebas que se

habrían aducido para la definición del cambio de radicación, con el fin que se apliquen los correctivos del caso, de ser ciertos los hechos que se denuncian.

7. Al margen de esto, no se advierte que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al resolver la solicitud de cambio de radicación que origina la inconformidad de los accionantes, haya dejado de precisar las razones de orden fáctico y jurídico por las cuales decidió no acceder a la petición presentada, o que haya incurrido en un defecto que amerite la intervención del juez de tutela. Véase lo expuesto por la corporación:

En el sub iudice, la petición de cambio de radicación del proceso seguido contra JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO, STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS, ANTONIO ELÍAS PÉREZ PALACIOS, HAYVER YUSETH CASTAÑO ORTEGA y JHON LARRY OCAMPO ROSERO quienes son procesados por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas fuego, partes o municiones, será denegada, pues el argumento que la sustenta es insuficiente, aunado a que carece de los elementos cognoscitivos que la respalden.

En efecto, si bien el peticionario alega que la imparcialidad está afectada, esto por las diversas actuaciones de los agentes de policía y los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que en su decir, son ilegales y fraudulentas, no especificó cuál de los diferentes intereses protegidos –orden público, imparcialidad, independencia, publicidad, seguridad, integridad y las demás garantías procesales- puede ser el eventualmente afectado, que tengan la potencialidad para constituir un riesgo cierto al debido proceso o a sus garantías judiciales.

Siguiendo ese hilo conductor, las documentales aportadas en la solicitud, a saber, fotografías del vídeo existente del día de los acontecimientos, las mismas no son del talante suficiente para acreditar la concreta perturbación que podría ocasionar en el

desarrollo del juicio de la referencia, máxime si se tiene en cuenta que, según sus decires, posee pruebas suficientes para demostrar la inocencia de los procesados y que todo se trató de un montaje por la policía, pruebas que podrían, eventualmente, conllevar a la absolución, siendo el juicio oral el escenario apropiado para que la defensa demuestre las supuestas inconsistencias en los acontecimientos.

Además, no se ve que el juez de conocimiento, a quien le corresponde emitir la decisión que en derecho corresponda, este afectado en su imparcialidad, ni tampoco se ofrecieron argumentos contundentes en tal sentido.

En consecuencia, ninguna contingencia seria, concreta y próxima se advierte a los derechos fundamentales y garantías judiciales de las partes e intervinientes en la mencionada causa.

Finalmente conviene precisar que, tal y como lo manifestó el Fiscal del caso, si considera que el funcionario judicial ha actuado contrario a sus deberes y ha incurrido en alguna conducta punible, si a bien lo tiene puede presentar ante la Fiscalía la respectiva queja y/o denuncia, teniendo la posibilidad de proceder en igual sentido frente a los agentes de la fuerza pública

En síntesis, la insuficiencia en la sustentación de la petición de cambio de radicación del proceso seguido contra JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO, STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS, ANTONIO ELÍAS PÉREZ PALACIOS, HAYVER YUSETH CASTAÑO ORTEGA y JHON LARRY OCAMPO ROSERO y la ausencia de elementos cognoscitivos que acredite una de las circunstancias que la torna procedente, conducen indefectiblemente a denegar aquella solicitud.

8. Como se extrae de sus contenidos, la razón de ser de la decisión radicó en la ausencia de demostración de los motivos que autorizan esta medida excepcional, consistentes, como es bien sabido, en la existencia de circunstancias que afecten, (i) el orden público, (ii) la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, (iii) las garantías procesales, (iv) la publicidad del

juzgamiento, y (v) la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas, o de los servidores públicos.

9. Por consiguiente, si es cierto, como los accionantes lo afirman, que los elementos materiales de prueba que acreditaban las referidas circunstancias fueron sustraídos o amputados del haz probatorio aportado con tal fin, la vía a seguir es presentar la correspondiente reclamación al interior del proceso, para que se vuelva a evaluar la situación frente a toda la prueba, con el fin de determinar si realmente concurre uno cualquiera de los factores que habilitan el cambio de radicación.

10. Los accionantes sostienen igualmente que el Tribunal incurrió en un defecto fáctico *«por omisión valorativa de las pruebas allegadas con la solicitud»*, pero no acredita el error que denuncia, pues no indica cuáles pruebas fueron en concreto omitidas ni qué demostraban. Y las que aporta, las utiliza con el fin de acreditar irregularidades en el curso de la actuación procesal y un presunto montaje por parte de la policía, por la que no deja de asistirle razón al tribunal cuando sostiene que los elementos de convicción no apuntan a la demostración de ninguna de las causales de cambio de radicación.

11. En lo sustancial, el tribunal dejó en claro que el peticionario se limitó a alegar que la imparcialidad se

encontraba afectada por las diversas actuaciones de los agentes de policía y los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que, en su decir, eran ilegales y fraudulentas, pero no concretó ni argumentó cuál de los diferentes intereses protegidos –orden público, imparcialidad, independencia, publicidad, seguridad, integridad y las demás garantías procesales- podía afectarse si el juzgamiento continuaba en ese lugar.

12. Similares reflexiones realizó frente a otros medios de conocimiento allegados con la solicitud, tales como las fotografías del video tomado el día de los hechos, en cuanto consideró que no tenían la entidad suficiente para acreditar los supuestos fácticos requeridos para la procedencia del cambio de radicación, y más bien, que se trataba de pruebas orientadas a demostrar la inocencia de los procesados, en cuanto apuntan a probar que se trataba de un montaje realizado por la policía.

13. No está de más recordar que el concepto de juez imparcial, que activa las causales de impedimento y recusación, es distinto de las circunstancias que afectan la imparcialidad de la administración de justicia, que habilita el cambio de radicación, por lo que no es correcto confundirlos. En punto de esta distinción, la Sala ha precisado:

*«...el instituto de variación de la radicación procede **por circunstancias externas a los sujetos procesales y a los funcionarios judiciales, en***

*cuanto se refiere a la presencia de **situaciones que alteren la administración de justicia** “en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal” y no, a factores subjetivos o personales, tales como los intereses reales o supuestos que puedan asistir a los funcionarios que intervienen en el trámite.*

*Resulta evidente, en consecuencia, que el cuestionamiento de la independencia o imparcialidad de los funcionarios se ocupa de factores subjetivos que concurren en estos, **caso en el cual, se debe acudir al instituto de los impedimentos y recusaciones**, cuya finalidad consiste en separar a dichos funcionarios del conocimiento del proceso, pero sin variar la competencia por el factor territorial» [Negrillas fuera del texto] (Cfr. CSJ AP, 21 feb. 2007, rad. 26927 y AP2866-2019, rad. 55650).*

14. En las referidas condiciones, la pretensión de la parte accionante se torna improcedente, de una parte, por existir un proceso en curso, donde es posible replantear la solicitud de cambio de radicación si se acredita el extravío de pruebas y el concurso de cualquiera de las causales previstas en el artículo 46 de la Ley 906 de 2004, y de otra, porque no se demuestra que el Tribunal haya incurrido en el defecto fáctico por pretermisión de evidencia trascendente, como se denuncia.

Se negará, por tanto, el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. **Negar** el amparo invocado mediante apoderado por **JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO y STEVEN ALEXIS PÉREZ ARENAS.**

2. **Notificar** este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. De no ser impugnada esta sentencia, **envíese** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase


FABIO OSPITIA GARZÓN


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CUI 11001020400020210230300
Tutela de 1ª Instancia No. 120477
JHON ALEXANDER BOCANEGRA ROSERO Y O.
Por apoderado



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021