



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

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

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada Ponente

STP1683-2018
Radicación No.: 96581
Acta No. 40

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela instaurada por **DIANA YOLIMA NIÑO AVENDAÑO** en calidad de **PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL** contra la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales que le asisten como interviniente especial dentro del proceso penal No. 2014-09385.

Al trámite fueron vinculados el **JUZGADO 35 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, el procesado **JAIR EDUARDO ALARCÓN DÍAZ** junto con su abogado defensor y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. Además, se dispuso informar de la presente

acción constitucional a las demás partes e intervinientes que actúan dentro del proceso penal con radicado No. 2014-09385.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ interpone acción de tutela con el fin de que le sean amparados los derechos fundamentales al *debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia* que, dice, le asisten como *«interveniente especial»* dentro del proceso penal que cursa contra Jair Eduardo Alarcón Díaz, y le fueron vulnerados con ocasión de la decisión adoptada el 18 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Lo anterior, explicó, porque la Corporación accionada, *«con argumentos insustanciales, soslayó la legitimidad e interés del Ministerio Público como interveniente especial en el proceso penal de la Ley 906 de 2004»* al abstenerse de resolver de fondo el recurso de apelación que en debida forma, interpuso y sustentó contra la decisión del 20 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado 35 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá aprobó el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, el prenombrado acusado y su defensa técnica.

Así, destacó, el Tribunal accionado incurrió en *«vía de hecho por indebida e inexistente motivación fáctica y jurídica»*.

En tal virtud, solicita la demandante que se conceda el amparo de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordene a la Corporación accionada pronunciarse de fondo sobre el motivo de la alzada propuesta.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

1. La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 35 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad remitieron copia del auto de fecha 18 de octubre de 2017, criticado por la demandante.

2. La Fiscalía 249 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública solicitó negar la demanda de tutela formulada por la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ, por cuanto, en su criterio, no está demostrada la violación de los derechos fundamentales que alega.

Explicó, que para adoptar la decisión cuestionada, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá tuvo en cuenta la jurisprudencia aplicable al caso concreto, en cuanto a la *falta de interés jurídico para recurrir* cuando el Ministerio Público, pese a estar citado, deja de asistir a la audiencia de acusación, pues esa es la oportunidad procesal idónea para

realizar los cuestionamientos y reparos a la acusación formulada por la Fiscalía.

Además, aclaró que no le asiste razón a la delegada del Ministerio Público en los reparos formulados frente al preacuerdo suscrito con Alarcón Díaz, dado que las maniobras fraudulentas que echa de menos sí *«fueron imputadas y formaron parte del preacuerdo, al acusarse al procesado por el delito de Fraude procesal, por haberse introducido el pagaré con una obligación que no existía, con la demanda ejecutiva para obtener una decisión favorable a sus intereses, como fue el mandamiento ejecutivo, de esta forma haciendo incurrir en engaño a la señora Juez 19 Civil del Circuito. De esta manera se garantizó la verdad, y justicia, resaltando que no existió incremento patrimonial del acusado Alarcón Díaz»*.

3. El apoderado judicial de las coacusadas Kelly Yurani Sánchez Tovar y Jenifer Andrea Tautiva Reyes manifestó: *«no es mi voluntad ni la de mis representadas estar en desacuerdo con lo peticionado por la señora procuradora»*. En tal sentido, coadyuvó las pretensiones de la demanda constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1382 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ.

2. De entrada debe aclarar la Sala que no hay duda sobre la *legitimación en la causa por activa* del Ministerio Público pues, como se ha reconocido en anteriores pronunciamientos, dicha entidad, a través de sus delegados, está facultada para interponer acciones de tutela encaminadas a la protección del derecho al *debido proceso* en cualquier actuación judicial. (STP12305-2017).

Además, sobre este asunto, la Corte Constitucional en Sentencia T-293/13, indicó:

La Constitución no sólo otorgó a la Procuraduría General de la Nación un amplísimo conjunto de competencias, sino también la posibilidad de ejercerlas a través de la interposición de las acciones que considere necesarias. Por lo tanto, si desde el punto de vista del debido proceso constitucional, el Procurador o sus agentes pueden interponer las acciones judiciales que consideren necesarias para proteger los derechos ajenos o el interés público, no existe razón constitucional para que no pueda hacerlo a través de la acción de tutela. Más aún cuando, como en este caso, la intervención de los agentes del Ministerio Público tanto en el proceso penal como en la tutela misma, ha estado orientada a solicitar la protección de los derechos del interés público afectado por el carrusel de la contratación. Por lo tanto, considera la Sala que la Procuraduría General de la Nación o sus agentes están legitimados para interponer acciones de tutela, cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales en protección del interés general, del patrimonio público y de los intereses de la sociedad.

3. Ahora bien, como la actuación estatal cuestionada es una decisión judicial, la Sala, en primer lugar, fijará los criterios jurisprudenciales establecidos para analizar la procedencia de la acción de amparo.

En ese sentido, se ha decantado de tiempo atrás que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional¹ ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, 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 irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado 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 el accionante *«identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos*

¹ Fallos C-590/05 y T-332/06.

vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible»².

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

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico³; (ii) defecto procedimental absoluto⁴; (iii) defecto fáctico⁵; (iv) defecto material o sustantivo⁶; (v) error inducido⁷; (vi) decisión sin motivación⁸; (vii) desconocimiento del precedente⁹; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando se presente al menos uno de los defectos generales y específicos antes mencionados.

4. En el presente asunto, la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ pretende que por la extraordinaria vía constitucional se deje sin efectos la

² *Ibidem*.

³ “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

⁴ “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

⁵ “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

⁶ “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

⁷ “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”.

⁸ “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”.

⁹ “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

providencia emitida el 18 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se «*abstuvo de resolver de fondo*» el recurso de apelación que interpuso y sustentó, en debida forma, contra la decisión del 20 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado 35 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá aprobó el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, el prenombrado acusado y su defensa técnica.

Lo anterior, dado que, en su criterio, esa determinación configura «*vía de hecho por indebida e inexistente motivación fáctica y jurídica*» y resulta lesiva de los derechos fundamentales que le asisten como *interviniente especial* dentro del proceso penal que cursa contra Jair Eduardo Alarcón Díaz.

4.1 Pues bien, frente a tal pretensión resultan pertinentes las siguientes precisiones:

4.1.1 Antecedentes relevantes:

Según el escrito de demanda de tutela y el auto de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de octubre de 2017:

a. Los *hechos* por los cuales se adelanta proceso penal contra Jair Eduardo Alarcón Díaz y otros, son los siguientes:

De acuerdo con lo consignado en el escrito de acusación, Johan Sebastián Nicolás Rico Arias se asoció, entre otras personas, con Jair Eduardo Alarcón Díaz para sustraer ilícitamente del patrimonio de CANJITANA S. en C. A. el inmueble de la carrera 54-A # 149-29, interior

1, apartamento 803. Rico Arias se presentó como abogado, sin serlo, a Liliana Patricia Palacio Giraldo y, en tal calidad, suscribió con ella contrato por medio del cual se comprometió a asesorar jurídicamente la liquidación de dicha sociedad.

El 1º de abril de 2013 falsificó la firma de Palacio Giraldo que aparecía signando el acta N° 2013-01 en condición de presidente de la junta de socios de la aludida compañía y añadió la suya como secretario de la misma. En dicha acta se dejó consignada la aprobación de la liquidación de CANIJITANA S. en C. y se removió del cargo a Jimena Paola Angulo Cortés, quien hasta entonces fungía como socia gestora suplente.

El 15 de septiembre de 2013 elaboró un acta aclaratoria de la anterior, con la firma falsa de Palacio Giraldo, en la cual aparece nombrado Rico Arias como liquidador, a pesar de que no ostentaba capacidad para ejercer ese encargo. Con este documento se inició el trámite de liquidación en la Cámara de Comercio.

El 1º de noviembre de 2013, Palacio Giraldo, como representante legal de sus menores hijos, celebró contrato de promesa de compraventa del referido, por \$300'000.000,00 con Liliana Amparo Méndez Sarmiento y "Pedro David Méndez", a quienes les fue entregado en enero de 2014. Sin embargo, la tradición no se hizo efectiva ya que el predio "correspondía a la adjudicación de los socios menores de edad Angulo - Giraldo" y porque se requería de la autorización de un juez de familia.

Mediante escritura pública de 8 de noviembre de 2013, Rico Arias vendió el mismo inmueble por \$205'112.000,00 a María Helena Osorio Vásquez quien, sin embargo, no tenía capacidad económica para adquirirlo y aparecía como "gerente suplente y socia del 50 % de las cuotas de participación de la empresa Acción Domésticas de Colombia y CIA. LTDA.".

El 31 de enero de 2014, Palacio Giraldo denunció penalmente a Rico Arias por "haberse presentado como abogado sin serlo, por haberse hecho nombrar liquidador adulterando su firma y por haber enajenado el Inmueble".

El abogado "Sergio Díaz Dávila", apoderando a Jair Eduardo Alarcón Díaz, presentó demanda ejecutiva en contra de María Helena Osorio Vásquez por un pagaré que supuestamente ésta había suscrito, que inicialmente conoció el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, el cual a instancias del demandante y por determinación de Joan Sebastián Nicolás Rico Arias", decretó el embargo y secuestro del aludido apartamento, sin oposición de la parte demandada.

Posteriormente se estableció que dicho juzgado terminó conociendo del asunto porque las actas de reparto y asignaciones fueron falsificadas, gracias a que el sustanciador de ese despacho, Mario Alexander

Cifuentes Díaz, era amigo del abogado demandante, Ervin Giovanni Sierra Cuervo. Cifuentes Díaz fue quien dio impulso al proceso y buscó acelerar la decisión de embargo y secuestro con el fin de sustraer el inmueble de la sociedad.

El pagaré del que se viene hablando "data del 4 de mayo de 2012, sin embargo, fue puesto en circulación hasta el 30 de enero de 2014", con el objetivo de instaurar el proceso civil.

El 7 de abril de 2014 Jair Eduardo Alarcón Díaz cedió a Kelly Yuranny Sánchez Tovar y Jennifer Andrea Tautiva Reyes los derechos litigiosos del proceso ejecutivo atrás referido por \$200'000.000,00 pero se pudo establecer que aunque los sellos notariales del documento en donde obra esa transacción son originales, el resto del contenido es falso.

Alarcón Díaz no tenía capacidad económica para participar en dichos actos jurídicos.

El 1º de agosto de 2014, una vez la juez diecinueve civil del circuito, Alba Lucía Goyeneche Guevara, se "percató de todas estas irregularidades", declaró la "ilegalidad de todo lo actuado" a partir del mandamiento de pago y ordenó la cancelación de las medidas cautelares.

El 20 de agosto de 2014 la Fiscalía Sesenta y Nueve Seccional solicitó a la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos la custodia de la Matrícula inmobiliaria N° 50N-2050349T, del predio en comento.

Debido a ello, Rico Arias y Osorio Vásquez le propusieron a Palacio Osorio que regresarían el inmueble a la sociedad si desistía de las acciones legales iniciadas, como en efecto lo hicieron los sujetos involucrados y, por ello, la Fiscalía levantó la atrás anotada medida de protección.

Sin embargo, Kelly Yuranny Sánchez Tovar y Jennifer Andrea Tautiva Reyes, supuestas cesionarias, interpusieron acción de tutela contra la decisión del Juzgado Diecinueve Civil del Circuito, a la que se hizo referencia, la que les fue negada inicialmente pero luego, en segunda instancia, prosperó la impugnación y se le ordenó a dicho juzgado mantener en firme lo actuado dentro del proceso ejecutivo, incluidas las medidas cautelares.

b. Por la situación fáctica descrita, el 25 de noviembre de 2015, ante el Juzgado 8º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la fiscalía le formuló imputación, entre otros, a Jair Eduardo Alarcón Díaz como

presunto autor responsable de los delitos de *fraude procesal en concurso homogéneo, estafa agravada tentada y falsedad en documento privado*. Cargos que no fueron aceptados por el prenombrado procesado.

c. El 1º de junio de 2016 se llevó a cabo audiencia de acusación ante el Juzgado 35 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, en los mismos términos en que se formuló imputación. En palabras de la demandante:

*(...) respecto de los términos de la formulación de acusación (...) la imputación fáctica cumplida en esa diligencia fue íntegra, completa y absolutamente congruente con lo señalado en la formulación de imputación, aclárese, **cobijando la forma concursal del delito de falsedad en documento privado EN TRES OPORTUNIDADES**. (Destaca la Sala).*

A esta diligencia no asistió el funcionario que para esa época fungía como representante de la Procuraduría.

d. El 4 de noviembre siguiente la Fiscalía solicitó la *aprobación del preacuerdo* suscrito con el procesado Jair Eduardo Alarcón Díaz, quien aceptó su responsabilidad por los delitos de *fraude procesal en concurso homogéneo, estafa agravada tentada y falsedad en documento privado*, a cambio de que se modificara el grado de participación de autor a cómplice.

e. La Delegada del Ministerio Público se opuso a esa petición. Argumentó que en esa negociación «no se preservó la imputación fáctica y jurídica efectuada en las **audiencias de**

formulación de imputación y de acusación, como que sin razón válida alguna, "obvió," "suprimió", "declinó", la acción penal respecto de uno de los supuestos fácticos que actualizaba el ilícito de falsedad en documento privado en forma concursal». Lo anterior porque, prosiguió, en el preacuerdo no se incluyó el hecho relacionado con la «suscripción, presentación y exigibilidad de un pagaré falso, espurio; por lo que la Fiscalía General de la nación hizo referencia entonces sólo a dos y no a tres eventos de falsedad en documento privado (...)».

Por tanto, señaló, no sólo se otorgó un beneficio adicional para el prenombrado procesado, sino que se desconocieron abiertamente los principios de congruencia, tipicidad estricta y legalidad, «con frontal incidencia en la determinación de la pena».

f. El 20 de enero de 2017 el juzgado cognoscente aprobó el preacuerdo tras encontrarlo ajustado a la ley. Según lo expuesto en la providencia adoptada por el Tribunal accionado, frente a los anteriores reparos presentados por la delegada del Ministerio Público, el juzgado:

*(...) después de consultar los registros de las audiencias de imputación y acusación **no encontró que la Fiscalía hubiese enrostrado los delitos a los que hizo alusión dicha interviniente, ni tampoco que, en la primera, que definía el marco fáctico del resto de la actuación, se hubiese planteado como hechos jurídicamente relevantes los constitutivos de "falsedad en documento público".***

Consideró satisfecho el requisito del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues el ente acusador informó que no se presentó incremento patrimonial por parte del acusado y si bien se dijo que este había intervenido en un transacción por \$200'000.000,00 los medios de convicción informaban que su rol fue servir "de puente" para que ese

dinero terminara en manos de otros de los implicados. (Negrilla propia de la Sala).

g. Inconforme con esa decisión, la aquí accionante presentó **recurso de apelación**. Los motivos de disenso fueron los siguientes:

En la audiencia de la formulación de imputación (record 32.13), la Fiscalía presentó el marco fáctico de la siguiente manera:

El día primero de abril de 2013 el señor Joan Sebastián Nicolás Rico Arias, de manera fraudulenta, suscribe el acta N° 2013-01, de la junta de socios de CANJITANA S en C y, falsificando la firma de la señora Patricia Palacio, como presunta presidente de dicha junta, aprueba la liquidación de la misma, ostentando el indiciado la calidad de secretario y se remueve del cargo a la señora Jimena Angulo Cortés, quien ostenta la calidad de socia gestoría suplente...

Segundo evento, dice el delegado de la Fiscalía: de la misma manera, y en vista de que el mencionado documento no era idóneo para sus fines criminales, el día 15 de septiembre de 2013 se presenta un acta aclaratoria del acta en mención, donde se establece como liquidador al señor en mención, indiciado Joan Sebastián Nicolás Rico Arias, y de la que se pudo establecer con posterioridad que la firma otorgada por la señora Liliana Patricia Giraldo no corresponde a la verdadera.

Tercer evento. Dice el delegado de la Fiscalía al minuto 36.35, su señoría: "Adicionalmente, se establece que dicho proceso -se refiere al ventilado en el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito 2014-112- se inicia por un pagaré que se suscribe entre la señora -se refiere a la sentenciada, María Helena Osorio Vásquez, y otro indiciado de nombre Jair Eduardo Alarcón Díaz- el día 4 de mayo de 2012, pero que por labores investigativas se pudo establecer que dicho formulario -es decir, el formato donde se diligenció el pagaré- es elaborado mucho tiempo después y físicamente sale al mercado hasta el 30 de enero de 2014", subrayo y resalto su señoría.

Ajuicio de la apelante, ello no dejaba duda sobre "su falsedad". Es decir, que el proceso ejecutivo que se inició en contra de Osorio Vásquez comenzó con una obligación que suscribió Jair Eduardo Alarcón Díaz y que la materializó en un pagaré. Anotó que "...Cuando se engaña inicialmente a la juez diecinueve civil del circuito con un pagaré falso para que libre un mandamiento de pago..." (record 51:56), y agrega: "...venimos de un pagaré falso..." (cuarto record, hora 08:30, minuto 53:08).

En la audiencia de formulación de acusación se reiteró la "existencia de tres eventos", ya que, según la apelante: "...de acuerdo con la lectura del escrito de acusación, en la página cinco, en el inciso segundo, se relaciona lo que tiene que ver con uno y dos, la falsedad de las firmas de la señora Liliana Patricia Palacio Giraldo, como también en la página seis, en el inciso segundo, a renglón décimo. Y tercero, dice el delegado de la Fiscalía, se indica también sobre un pagaré que se suscribe entre la señora María Helena Osorio, el cual se estableció que este pagaré como tal fue elaborado tiempo después y físicamente sale al mercado hasta el 30 de enero de 2014. Falsedad en documento privado en relación con lo que tiene que ver con la firma de la señora Liliana Patricia Giraldo, que no corresponde a la verdad..."

*A continuación, **la recurrente acotó que desde la formulación de imputación se hizo referencia a la forma concursal del delito de falsedad en documento privado** y, en consecuencia, pidió que se revocara la decisión y se ordenara ajustar el preacuerdo en los términos señalados por el Ministerio Público pues tenía implicaciones en el marco punitivo.*

h. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto del 18 de octubre de 2017 resolvió: «**PRIMERO.- Abstenerse** de conocer del recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la decisión de 20 de enero de 2017, mediante el cual el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento aprobó el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y Jair Eduardo Alarcón Díaz, acusado de fraude procesal, estafa agravada tentada y falsedad en documento privado.»

Lo anterior, bajo el siguiente raciocinio:

*En el caso examinado el juzgado dejó expresa constancia de haber enviado telegrama citando a la representación del Ministerio Público a la **audiencia de formulación de acusación** que se llevó a cabo el 1o de junio de 2016. No obstante, **dicho interviniente no concurrió a la prenombrada diligencia**, que, como ya se dejó sentado, **constituye el escenario procesal idóneo y definitivo para que se formulen las observaciones al escrito de acusación, especialmente en punto de la adecuación típica de las conductas**, pues el marco jurídico que se define allí es aquel al que debe circunscribirse la sentencia, en orden a preservar la congruencia a la que se refiere el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.*

Así pues, las objeciones que formula la apelante resultan extemporáneas y demuestran su falta de interés para recurrir, por cuanto de haber concurrido a la citación que le hizo el juzgado habría tenido la oportunidad de advertir al fiscal instructor las incorrecciones que dijo haber encontrado en la subsunción jurídica de los enunciados fácticos consignados en la acusación.

No podrá objetarse que la agente de la Procuraduría General de la Nación no expresó su postura en razón de que no asistió a la diligencia, pues fue oportunamente convocada.

(...) En suma, la representante del Ministerio Público carece de legitimidad para interponer el recurso por cuanto no se pronunció acerca del presunto error cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, de modo que la Sala se abstendrá de conocer de mismo. (Destaca la Sala).

4.2 Ahora bien, aplicados los *requisitos generales* de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, jurisprudencialmente establecidos, al presente caso, la Sala encuentra lo siguiente:

La PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ ataca la providencia judicial a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá «*se abstuvo*» de resolver de fondo el recurso de apelación que interpuso contra el auto dictado el 20 de enero de 2017 por parte del Juzgado 35 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

En consecuencia, de constatarse que es cierto el *defecto* que la demandante le reprocha a esa decisión, no cabe duda que el asunto tiene relevancia constitucional, pues involucra aspectos del *debido proceso*, que de no ser corregidos, permitirían la permanencia en el tiempo de una situación contraria a los derechos fundamentales que le asisten como

interviniente especial del proceso penal con radicado No. 2014-09385.

De igual forma, no existe contra la providencia censurada recurso ordinario alguno, que hubiese tenido que agotarse antes de acudir al excepcional mecanismo de la tutela. Además, se verifica que la actora acudió en un término razonable a la presente herramienta constitucional, teniendo en cuenta que la decisión censurada data del 18 de octubre de 2017.

4.3 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.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido insistentemente que el ***defecto procedimental absoluto*** se presenta cuando el funcionario judicial desconoce las formas propias de cada juicio, es decir, cuando «*se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso*». (Destaca la Sala). (Sentencia T-398/17)

En el presente asunto, se observa con claridad que la representante del Ministerio Público *apeló* la decisión adoptada el 20 de enero de 2017 por el Juzgado 35 Penal del

Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, básicamente porque, en su criterio, el acuerdo suscrito entre el procesado Alarcón Díaz y la Fiscalía General de la Nación “omitió” incluir el supuesto fáctico de uno de los delitos atribuidos al encartado y que, según su dicho, fue expresamente mencionado en los actos de formulación de imputación y acusación. Esto es, uno de los “tres eventos” que configura la “*forma concursal del delito de falsedad en documento privado*”¹⁰.

Sin embargo, al aprehender el conocimiento del asunto, de manera apresurada y desatinada, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá entendió que la pretensión de la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ estaba dirigida a cuestionar la *adecuación típica* de las conductas punibles presuntamente cometidas por el mencionado enjuiciado pues, el preacuerdo no incluyó “*la falsedad en documento privado en concurso homogéneo*”, delitos en los cuales habría incurrido el procesado a la luz del marco fáctico descrito por la fiscalía. Ante tal comprensión del asunto, la Colegiatura procedió a verificar los antecedentes procesales de la actuación y luego de constatar que la representación del Ministerio Público no había asistido a la audiencia de formulación de acusación, coligió que debía *abstenerse* de desatar la alzada por carencia de interés de la parte recurrente.

¹⁰ Según la demandante, la Fiscalía no incluyó la «*suscripción, presentación y exigibilidad de un pagaré falso, espurio; por lo que (...) hizo referencia entonces sólo a dos y no a tres eventos de falsedad en documento privado (...)*».

En ese contexto, para esta Corporación no hay duda de que el proceder del Tribunal demandado fue erróneo y lesivo del derecho al *debido proceso* de la procuradora recurrente. Ello porque, si la queja de la funcionaria radicaba en que la negociación celebrada entre el procesado y la fiscalía desconocía los términos uniformes en que se le formuló imputación y acusación al procesado, lo propio era que analizara de fondo el caso y, luego de realizar un comparativo de los *hechos jurídicamente relevantes* y los *delitos* que, en efecto, fueron enrostrados a Jair Eduardo Alarcón Díaz, en cada una de las diligencias llevadas a cabo (léase imputación, acusación y verificación de preacuerdo), determinara si las censuras de la recurrente tenían vocación o no de prosperidad.

Además, al asunto en concreto no le era aplicable el derrotero jurisprudencial consignado en la sentencia del 6 de febrero de 2013 (Rad. 39.892) pues, a diferencia del asunto en referencia, lo que ocurrió en ese evento fue que, a pesar de que el Ministerio Público no manifestó ningún reparo frente al acto inicial de formulación de imputación, con posterioridad a ello, solicitó la nulidad de la actuación, advirtiendo que de los hechos jurídicamente relevantes se estructuraba un homicidio agravado y no un homicidio simple.

Por tanto, frente a esa situación, consideró la Corte:

3. *Para interponer medios de gravamen contra las decisiones judiciales, no basta con ostentar la condición de sujeto procesal*

(legitimación dentro del proceso), que no cabe duda que en su condición de órgano propio dentro del juicio penal tiene el Ministerio Público; se impone como requisito adicional y necesario que se cuente con legitimidad en la causa o interés jurídico para recurrir, que surge del daño real, del agravio que la decisión cuestionada cause a quien postula la impugnación.

En el caso del Ministerio Público la legitimidad para interponer recursos parte de los lineamientos ya reseñados, que en el caso del allanamiento a cargos exige que, en condiciones normales, no puede oponerse al mismo, máxime cuando, como en el presente evento, no acreditó que los cargos propuestos y admitidos sin reserva constituyeran una flagrante lesión a derechos fundamentales, (...)

4. Pero la carencia de interés jurídico para recurrir surge también de la intervención del agente del Ministerio Público en los actos que originaron el rechazo a la admisión de cargos. (...)

Las instancias procesales son preclusivas, de tal forma que si el Ministerio Público tenía reparos respecto de la adecuación típica hecha por el ente acusador ha debido plantearlos en el momento oportuno en que se le habilitó la participación en la audiencia del 9 de agosto.

Pero no solamente no hizo cuestionamiento alguno, sino que, por el contrario, expresamente se pronunció por la legalidad del acto de imputación, que de necesidad incluía el proceso de adecuación típica.

En esas condiciones, el Ministerio Público carecía de legitimidad para, en una audiencia posterior, reclamar la nulidad del acto de allanamiento, postulación que finalmente dio al traste con el fallo adelantado. Y no tenía interés jurídico para proponer esa causa, en tanto, a pretexto de una supuesta invalidación, lo que realmente pretendía (y logró) era que la tipicidad se agravara, esto es, lo que en verdad hizo fue revivir instancias ya fenecidas, pues el momento para hacer ese tipo de censuras fue el concedido en la audiencia de imputación del 9 de agosto, que dejó vencer, y no en silencio, sino que de manera expresa prohió la adecuación de la Fiscalía. (Destaca la Sala).

En este caso, el objeto del recurso de apelación no estaba encaminado a debatir la adecuación típica de las conductas punibles presuntamente cometidas por el procesado, sino la *congruencia* del preacuerdo suscrito frente a los hechos y delitos que, en criterio de la procuradora demandante, fueron atribuidos al procesado en iguales términos, tanto en la imputación como en la acusación. En ese sentido, no podía el Tribunal rehusar el análisis del asunto, so pretexto de que la peticionaria no asistió a la audiencia de acusación pues, a efectos del específico reproche efectuado, tal situación resulta intrascendente.

Por consiguiente, para la Corte, el hecho de que la Colegiatura accionada se haya “*abstenido*” de “*estudiar de fondo*” los motivos de disenso planteados por la recurrente frente a la providencia del 18 de octubre de 2017, configura defecto procedimental absoluto pues, no hay duda que la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ estaba legitimada y tenía interés para recurrir la determinación que despachó desfavorablemente sus reclamos.

Ello en consideración a la función que debe cumplir el Ministerio Público en el proceso penal pues, precisamente, en asuntos como el aquí considerado, su intervención adquiere mayor trascendencia en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden, entre ellos, la defensa

del orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

Valga mencionar, sobre los controles a la acusación y a los preacuerdos, la Corte, en reciente decisión del 29 de noviembre de 2017 aclaró:

(...) la Fiscalía tiene la posibilidad de corregir los cargos en el interregno comprendido entre el inicio de la audiencia de acusación y la consolidación de la misma, cuando considera que un yerro en ese sentido limita la posibilidad del procesado de someterse, tempranamente, a una forma de terminación anticipada de la actuación, tal y como lo concluyó la Corte en la decisión CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad. 45594.

*Sin embargo, es su deber aclarar si la modificación corresponde a una corrección en el ejercicio de las funciones reguladas en los artículos 286 y siguientes, y 326 y siguientes de la Ley 906, o si se trata de un beneficio en los términos de los artículos 348 y siguientes ídem. Ello resulta fundamental, entre otras cosas, para que el juez pueda establecer el **tipo de control procedente, porque no es lo mismo analizar si la Fiscalía, en el ejercicio de su función de acusar, incurrió en una violación flagrante del ordenamiento jurídico -control a la acusación -, que definir, verbigracia, si en virtud de un acuerdo se está concediendo un doble beneficio, en los términos del artículo 349 -control al acuerdo-**.*

*Al respecto, debe aclararse que si bien es cierto los jueces solo pueden intervenir excepcionalmente en la función de la Fiscalía de estructurar **la acusación, la misma está sometida a controles, como todas las actuaciones públicas en un sistema democrático, los que van desde el autocontrol (de cada delegado del ente acusador y de la Entidad, en virtud del principio de unidad de gestión), hasta la responsabilidad política, disciplinaria y/o penal que puede derivarse de un proceder contrario a las previsiones constitucionales y legales.*** (Destaca la Sala).

Por tanto, como quiera que las formas de justicia consensuada también están sometidas a control, no hay duda de que el Ministerio Público tiene potestad para oponerse a ellas, cuando quiera que éstas desconozcan derechos fundamentales, como el principio de legalidad de las penas que protege el artículo 29 de la Constitución Política bajo la denominación genérica del debido proceso.

4.3 Así las cosas, evidenciada la vulneración de los derechos fundamentales de la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ, la Sala TUTELARÁ el derecho al *debido proceso* y en consecuencia, ordenará DEJAR SIN EFECTO la providencia emitida el 18 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso penal con radicación No. 2014-09385.

Así mismo, ORDENARÁ a la mencionada Corporación, que dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a dictar una nueva decisión en la que *resuelva de fondo* el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ contra la decisión del 20 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado 35 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá aprobó el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, el prenombrado acusado y su defensa técnica; atendiendo los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 3,**

RESUELVE

1. TUTELAR el derecho fundamental al *debido proceso* de la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ.

2. DEJAR SIN EFECTO la providencia emitida el 18 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso penal con radicación No. 2014-09385.

3. ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a dictar una nueva decisión en la que *resuelva de fondo* el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la PROCURADORA 181 JUDICIAL II PENAL DE BOGOTÁ contra la decisión del 20 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado 35 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá aprobó el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, el prenombrado acusado y su defensa técnica; atendiendo los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARRIER



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria