

República de Colombia



Rama Judicial

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
SALA PENAL**

JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ
Magistrado Ponente

Radicación : 110012204000202403595-00
Accionante : **Álvaro Uribe Vélez**
Accionados : Juzgado 44 Penal del Circuito con FC
Motivo : Tutela de 1.^a Instancia
Acta N° : 562/24

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

I. DECISIÓN:

La sala resuelve la acción de tutela interpuesta por el apoderado judicial de **Álvaro Uribe Vélez** contra el Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

II. HECHOS Y PRETENSIONES:

El apoderado del accionante postuló los siguientes:

2.1. Hechos:

i. En el proceso con radicado 11001600010220200027600, seguido contra **Álvaro Uribe Vélez**, la juez 44 penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá convocó a audiencia preparatoria para los días 6, 12, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26 y 27 de septiembre y 2, 3, 4 y 17 de octubre de 2024.

ii. El 6 de septiembre de 2024 -*inicio de la audiencia preparatoria*-, la defensa expuso la forma como se surtió el descubrimiento probatorio de la fiscalía, sus características y, particularmente, su volumen. También realizó varias observaciones, dado que fue incompleto, según su apreciación.

iii. Puntualmente, puso en conocimiento del juzgado que dentro de los elementos materiales probatorios descubiertos echaba de menos el celular, marca

Samsung, SM-A305G, y el computador HP Probook 4430S, incautados por el INPEC a Juan Guillermo Monsalve Pineda, quien, según la fiscalía, es uno de los testigos principales de cargo. Por eso, enfatizó que: “... cómo es posible que la fiscalía no tenga la información relacionada que dicen en la acusación que es que el principal testigo de cargo que es Juan Guillermo Monsalve y nos toca ahora a nosotros hacer toda la tarea de búsqueda frente a esto en la corte para ver cuándo y cómo nos entregan la información que requerimos”.

iv. Después de escuchar a los sujetos procesales, la juez consideró que la defensa actuó de forma ágil, juiciosa y ponderada frente al descubrimiento de la fiscalía, el cual era voluminoso. Adicionalmente, reconoció que el defensor recibió, el día anterior, unos elementos que requería verificar y que a otros no había podido acceder, entre ellos, el computador y el celular mencionados.

v. Frente a eso, la juez indicó: “Y respecto de otros elementos materiales probatorios, pues se ha indicado que los mismos reposan en el almacén de evidencias, no obstante, al parecer la fiscalía cuenta con una copia espejo, pero, pues, también la defensa ha puesto de presente la necesidad de realizar las verificaciones directas en dichos aparatos electrónicos especialmente computador y celular que le fuera incautado, al parecer, a uno de los testigos dentro de la presente investigación... Lo mismo ocurre con el mentado computador y celular de los cuales quiere la defensa técnica, en ejercicio de ese derecho que le corresponde al acusado, precisamente verificar todos y cada uno de los elementos que sean objeto de descubrimiento, así, como el mismo lo indicó, la fiscalía no vaya a hacer uso de los mismos”.

vi. Por lo anterior, la funcionaria consideró “viable el otorgamiento de esos 15 días hábiles para que el señor defensor pueda verificar y finalizar con la fiscalía ese descubrimiento probatorio que es un acto, pues trascendental en aras de los derechos que le asisten al acusado, sin que ese término además, el que ha solicitado el señor defensor, pues se considere en exceso dilatorio, pues el término que había solicitado sería hasta el 6 de octubre, pero, pues la instancia va a acceder entonces y como ya lo teníamos programado de suspender este acto procesal para verificar esa continuación del descubrimiento probatorio hasta el 2 de octubre, fechas en las que ya lo teníamos programado 2, 3, y 4 para continuar con este acto procesal y que el señor defensor, considera el despacho, tiene el término suficiente para no solo verificar esos elementos, sino también para realizar los experticios a que a bien tenga”.

vii. Ante eso, el fiscal le preguntó a la defensa si utilizaría la copia espejo o iba a acudir, como también lo entendió la juez, a la Corte Suprema de Justicia por el elemento original. El defensor respondió: “Voy a acudir ante el elemento original, y también dado que ustedes tienen la copia espejo, pues no hay inconveniente también de

conocerla, no hay inconvenientes ni técnicos ni jurídicos de conocerlas ambas, entenderá que siempre es mejor ir a la fuente y por eso vamos a pedir la fuente, pero dado que usted también tiene la copia espejo tendremos las dos sin problema.”

viii. El 6 de septiembre de 2024 la fiscalía informó al defensor que adelantaría las gestiones para obtener del almacén de evidencias las imágenes forenses del celular y del computador. Por otra parte, el 9 de septiembre, la fiscal le pidió el nombre de los profesionales que realizarían la recolección de la información; datos que comunicó el 10 del mismo mes.

ix. Atendiendo lo que la defensa informó en la audiencia del 6 de septiembre de 2024 *-que accedería a la evidencia original-*, el 10 de ese mes, dado que el computador y el celular de Juan Guillermo Monsalve estaban en custodia de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso con radicado 52240, solicitó, a esa corporación, acceso *“entre otros, al referido celular Samsung SM-A305G y computador HP Probook 4430S”*.

x. Los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2024 la defensa accedió técnicamente a la copia espejo de los elementos, sin que eso significara que desistía de la original.

xi. El 13 y 18 de septiembre de 2024 el defensor reiteró, a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, la solicitud para acceder, de manera directa, a los elementos, y advirtió de la premura, ya que para el 2 de octubre estaba programada la continuación de la audiencia preparatoria.

xii. El 20 de septiembre de 2024 la corte le notificó el auto proferido el 19 de septiembre por el Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas, en el que autorizó el acceso a los dispositivos para obtener un copiado técnico.

xiii. El trámite para el acceso y la obtención de la información requerida inició el 25 de septiembre de 2024. Para ello, la Sala Especial de Primera Instancia estableció unas condiciones y horarios *-de 8:00 A.M. a 1:00 P.M. y de 2:00 P.M. a 5:00 P.M.-*. La corporación determinó que no era posible seguir con la diligencia el 27 de septiembre, porque tenía programadas otras diligencias, por lo que dispuso el 30 de septiembre para continuar con la extracción forense del dispositivo celular, Samsung SM-A305G.

xiv. Conforme a lo anterior, solo hasta el 30 de septiembre de 2024, a las 6:53 p.m., la defensa pudo terminar el procedimiento de obtención de las imágenes forenses de las evidencias originales, eso es, del computador y del celular, incautados a Juan Guillermo Monsalve.

xv. En la audiencia del 2 de octubre de 2024, el defensor puso en conocimiento de las partes, de los intervinientes y del juzgado que, real y materialmente, solo hasta el 30 de septiembre tuvo acceso completo a la información y que *“era materialmente imposible, a menos de 38 horas de la continuación de la audiencia, hacer una verificación sobre el contenido de los elementos digitales; situación que no era atribuible a la defensa”*.

xvi. Por tanto, solicitó al accionado que le concediera 7 días calendario para verificar, cabalmente, el contenido de la información y poder continuar la audiencia el 8 de octubre de 2024 *-fecha ya programada-*; momento en el que realizaría el respectivo descubrimiento probatorio. Adicionalmente, precisó que estimaba que la preparatoria podía culminar el 17 de octubre, por lo que no se afectaría la actuación. El Ministerio Público coadyuvó su petición.

xvii. Los apoderados de las víctimas y la fiscal se opusieron, bajo el entendido que el defensor tuvo *“acceso”* al descubrimiento probatorio desde el 12 de septiembre de 2024; fecha en la que obtuvo la imagen espejo.

xviii. El juzgado no avaló la solicitud de la defensa, considerando que *“si la finalidad del descubrimiento es permitir el conocimiento de la evidencia para no ser “asaltados”, el mismo se habría cumplido desde el 12 de septiembre de 2024 cuando se accedió a la copia espejo que suministró la fiscalía. Dijo que en aras de la verificación de que efectivamente los elementos reposaran en la copia espejo, la defensa “tuvo a bien” acudió a la Corte Suprema de Justicia para obtener de primera mano la extracción de la información de los elementos originales, actividad que culminó el 30 de septiembre”*.

xix. La defensa solicitó a la juez que reconsiderara la decisión, pero la funcionaria no accedió. Como adoptó la disposición como una orden *-no como un auto-*, interpuso recurso de queja y, en subsidio, si no se daba trámite a aquel, pidió postular una nulidad.

xx. El juzgado aceptó remitir copias de la actuación al Tribunal Superior de Bogotá para que estudiara la viabilidad de acceder al recurso de queja y ordenó

continuar la audiencia preparatoria, por lo que requirió a la defensa para que procediera con el descubrimiento probatorio.

xxi. El procesado pidió la palabra, en apoyo de la defensa técnica, pero la juez consideró que el asunto estaba decidido y requirió, una vez más, al defensor para que hiciera el descubrimiento.

xxii. La defensa se negó a hacerlo. Por eso, la juez, sin mediar consideración, continuó la audiencia y corrió traslado a la fiscalía para la enunciación probatoria.

xxiii. Luego, la funcionaria corrió traslado a la defensa para lo mismo; momento en el que el defensor suplente le manifestó que estaba violando, de forma grave, el debido proceso del enjuiciado. Culminada la intervención, la juez señaló *“que como no se iba a hacer enunciación probatoria por la defensa se debía dar continuidad al trámite, destacando que no existe ninguna vulneración de las garantías del procesado, pues fue la misma defensa la que tomó la decisión “de manera libre” sin que el despacho lo obligara a tomar una decisión de esa naturaleza”*.

xxiv. Pese a la intervención del procesado, en la que pidió respeto por sus garantías fundamentales, la juez se limitó a destacar que la decisión estaba adoptada. Por eso, la defensa solicitó postular una nulidad.

xxv. La juez manifestó que al final de la audiencia preparatoria le concedería el uso de la palabra para tal propósito y que, en todo caso, la decisión quedaría diferida a la sentencia. En esas condiciones, la defensa técnica no pudo postular la petición y la funcionaria ordenó que se continuara con el trámite y le concedió el uso de la palabra a la fiscalía para las solicitudes probatorias; sin embargo, como el acusador no terminó, ordenó la continuación de la diligencia para el 3 de octubre de 2024.

xxvi. En virtud de que a **Álvaro Uribe Vélez** se le conculcó su defensa material y técnica por el desconocimiento del derecho de igualdad de armas, la contradicción y la posibilidad de obtener elementos materiales probatorios y en aras de no convalidar la situación, la defensa *“se vio obligada a no presentar el descubrimiento probatorio que ha logrado recaudar”*.

2.2. Sustento jurídico -requisitos de procedibilidad de la acción de tutela:

2.2.1. Generales:

i. Legitimación en la causa por activa: el accionante, **Álvaro Uribe Vélez**, con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, en el proceso que se sigue en su contra en el Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá -Rad. 11001600010220200027600-, el cual, transgredió las garantías mencionadas con lo ocurrido en la audiencia del 2 de octubre de 2024 **-ii. legitimación en la causa por pasiva y iii. Inmediatez-**.

iv. Subsidiariedad: el actor planteó la situación al interior del proceso, sin lograr que el accionado remediara la vulneración de los derechos, por lo que no cuenta con ningún recurso judicial efectivo para ello. La juez negó la petición del defensor sin posibilidad de que presentara recursos ordinarios. Además, el de queja tiene por objeto, únicamente, analizar si el de apelación fue debidamente denegado, más no corregir de fondo el asunto.

La defensa quiso postular una nulidad, pero la juez no se lo permitió, ya que dispuso que solo podría hacerlo al final de la audiencia preparatoria y que sería resuelta en la sentencia, la cual no se emitirá en una fecha cercana, debido al “*abultado*” pedimento probatorio. Por eso, es evidente el riesgo inminente.

2.2.2. Específicos. La juez vulneró el derecho al debido proceso del actor:

i. Por defecto procedimental absoluto: la decisión de no otorgar a la defensa un plazo de 7 días calendario, a título de prórroga justificada, contradice normativas internacionales -*artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, 6.3.b del Convenido Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad-* y la Ley 906 de 2004 -*artículos 8°, 125.2 y 344-*.

La demandada privilegió el formalismo para dar celeridad desmesurada a la actuación, por encima de garantizarle el acceso a la totalidad de los elementos materiales probatorios que pudieran ser usados en juicio. En términos pragmáticos, que la audiencia se postergara 7 días, no tenía suficiente trascendencia, como para anteponer la celeridad procesal al derecho a la defensa.

ii. Por desconocimiento del precedente judicial: en punto al fin teleológico del descubrimiento probatorio (*citó: CSJ. SP154-2017. Rad. 48128, AEP 011-2023. Rad. 00277, AP 441-2023. Rad. 62512, AP570-2023. Rad. 58978, AEP 076-2023. Rad. 00277, AP2179-2023. Rad. 62691, AP3816-2023. Rad. 63791, AP789-2024. Rad. 64483, SP836-2024. Rad. 61525 y AP3597-2024. Rad. 66145*).

La juez desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre los postulados de la lealtad procesal, la igualdad de armas, la flexibilidad y la primacía del derecho sustancial sobre el formal, en punto al trámite del descubrimiento y el derecho de la defensa a acceder a los elementos materiales probatorios importantes para su teoría del caso, frente a los cuales, cede la celeridad procesal.

2.3. Pretensiones:

2.3.1. Como medida provisional: *“Suspender la actuación procesal adelantada bajo el radicado 11001600010220200027600 ante el Juzgado 44 Penal del Circuito de Conocimiento De Bogotá, hasta tanto se proceda a resolver de fondo la presente solicitud de protección constitucional”.*

2.3.2. Como principales:

i. *Que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de **Álvaro Uribe Vélez** y, en consecuencia, se deje sin efecto todo lo actuado, a partir de la orden judicial del 2 de octubre de 2024, inclusive, mediante el cual el Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá negó la solicitud de prórroga deprecada y siguió adelante con la audiencia preparatoria.*

ii. *Que se ordene al Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que emita una nueva decisión, en la que acceda a la prórroga solicitada por la defensa para el estudio del celular Samsung SM-A305G y el computador HP Probook 4430S, decomisados a Juan Guillermo Monsalve Pineda y, consecuentemente, se le garantice la posibilidad de hacer el descubrimiento probatorio.*

iii. *Que se ordene al Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar actos que vayan en contravía de los derechos fundamentales de **Álvaro Uribe Vélez**.*

2.4. Anexo: **i)** Poder especial y **ii)** Enlaces de drive.google y YouTube para acceder a las audiencias del 6 de septiembre y 2 de octubre de 2024.

III. TRÁMITE CONSTITUCIONAL

3.1. En auto del 3 de octubre de 2024 el tribunal admitió la acción de tutela instaurada por el apoderado judicial de **Álvaro Uribe Vélez** en contra del Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Ordenó notificar al accionado, para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción, y a la fiscal Marlenne Orjuela Rodríguez, al representante del Ministerio Público -*Bladimir Cuadro Crespo*- y a los apoderados de las víctimas¹, para integrar en debida forma el contradictorio.

Asimismo, en ejercicio de las facultades probatorias que le asiste como juez constitucional, dispuso vincular:

a) A la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, precedida por el Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas -rad. 52240- a efecto de que informara: ¿cuándo el defensor del accionante radicó petición para acceder a los siguientes elementos materiales probatorios: celular Samsung SM-A305G y computador HP Probook 4430S?, ¿desde qué día se le permitió el acceso a ellos? y ¿qué día la defensa acudió a la corporación a obtener lo que solicitó?

b) A la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para que informe a cuál magistrado le correspondió conocer el recurso de queja que interpuso el defensor Jaime Granados Peña y corra traslado de la acción de tutela al despacho correspondiente

El tribunal no concedió la medida provisional deprecada por el abogado del tutelante, bajo tres postulados:

*“1. Es importante conocer, por parte del tribunal, del accionado y los vinculados, información relevante para decidir el asunto, sin tener que realizar un juicio anticipado de la situación que el actor planteó. 2. No considera procedente ordenar la suspensión de la actuación cuando el objeto de la tutela no versa sobre la totalidad de los elementos materiales probatorios descubiertos y por descubrir y, 3. De emitirse un fallo favorable a los intereses del accionante, nada impide que la juez -llegado el caso- deba cumplir la orden del tribunal, independientemente de la etapa en que, en ese momento, esté el proceso seguido contra **Álvaro Uribe Vélez**, máxime cuando la audiencia preparatoria está programada, incluso, hasta el 17 de octubre de 2024 -día en que se vencerían los términos para resolver de fondo la petición de amparo”.*

3.2. Conforme a la orden emitida en el auto admisorio, el secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá corrió traslado de la demanda al despacho 011 de la corporación, a quien le fue repartido el recurso de queja que interpuso la defensa del tutelante.

¹ Iván Cepeda Castro, Deyanira Gómez Sarmiento, Eduardo Montealegre Lynett y Jorge Fernando Perdomo Torres.

3.3. Respuestas:

3.3.1. El Despacho 11 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá informó que en el proceso radicado 110016000102202000276 ha surtido las siguientes actuaciones:

1. El 2 de julio de 2024 decidió el recurso de queja promovido por la defensa contra de la decisión de 24 de mayo de 2024, en la que la juez rechazó de plano dos solicitudes de nulidad.

2. El 3 de septiembre siguiente, resolvió la alzada contra la decisión del 24 de mayo de 2024, en la que el juzgado reconoció como víctimas a Deyanira Gómez Sarmiento, Eduardo Montealegre Lynett y Jorge Fernando Perdomo Torres.

3. El 23 de agosto de 2024, se pronunció, en segundo grado, sobre una solicitud de nulidad promovida por la defensa.

En relación con el objeto de la tutela, refirió que el recurso de queja no había sido repartido.

Sin embargo, posteriormente, el despacho adicionó la respuesta e indicó que el asunto fue recibido en el correo institucional el 4 de octubre de 2024, a las 13:06 p.m. Que la actuación se encontraba surtiendo el traslado de que trata el artículo 179D del C de PP *-entre el 7 y el 9 de octubre-*, al término del cual, resolvería lo pertinente *-anexó el vínculo de acceso al expediente-*.

3.3.2. El apoderado de Iván Cepeda Castro, víctima, solicitó que se niegue el amparo constitucional deprecado, por las siguientes razones:

i. El accionado no vulneró los derechos del accionante, por el contrario, adoptó una decisión ajustada a derecho, orientada a preservar las garantías constitucionales de las partes e intervinientes.

ii. La fiscalía realizó el descubrimiento probatorio y se ocupó, con diligencia, de entregar los elementos que echó de menos la defensa, en audiencia previa, del 6 de septiembre de 2024.

iii. El 12 de septiembre de 2024 la defensa obtuvo la *“copia espejo” -fiel al contenido-* del computador y del celular que hacían parte de su descubrimiento probatorio. Además, el defensor, el 26 y 30 de septiembre de 2024, recibió, de la corte, la copia del contenido de los objetos. *“Estos elementos no hacían parte del*

descubrimiento probatorio, como si lo eran los que la Fiscalía Primera delegada ante la Corte Suprema de Justicia le entregara a la defensa del acusado, el 12 de septiembre”.

iv. Del 12 de septiembre al 2 de octubre de 2024 -cuando se reanudó la *audiencia preparatoria*-, transcurrieron, al menos, 18 días calendario; tiempo suficiente para que la defensa conociera el contenido del dispositivo, siendo esa la finalidad del descubrimiento probatorio y no la verificación para determinar si la copia de la fiscalía correspondía a la obtenida en la Corte Suprema de Justicia.

v. Desde el 12 de septiembre de 2024 la fiscalía cumplió con el deber de hacer el descubrimiento probatorio de la “*manera más completa posible*” como lo exige la ley y la jurisprudencia.

vi. La defensa reconoció que al estarse adelantando la actuación ante la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema, en paralelo, “*no se podía hacer tampoco el análisis del elemento inicialmente entregado por el ente acusador, pues se priorizó el acceso a la evidencia original para después si hacer el respectivo análisis*”. Esa excusa no es de recibo, ya que el abogado tuvo la oportunidad de conocer, oportunamente, la información contenida en la “*copia espejo*” del computador y del celular de Juan Guillermo Monsalve Pineda, desde el 12 de septiembre de 2024, y se negó a hacerlo, so pretexto de llevar a cabo una verificación que sobrepasa el propósito de la etapa procesal, atribuyéndole, injustificadamente, la responsabilidad a la accionada.

vii. La defensa y la fiscalía recibieron la copia espejo, directamente, de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el actor pretende sembrar dudas sobre el elemento material que reposa en el ente investigador.

viii. Los equipos electrónicos de Juan Guillermo Monsalve Pineda fueron incautados el 4 de enero de 2020, en un operativo con amplio despliegue de los medios de comunicación, por lo que resulta curioso que la defensa no haya solicitado la copia de los elementos, en procura de los intereses de su prohijado, sino que 4 años después “*muestra un inusitado afán en su obtención y en la necesidad de “verificar” su contenido con el elemento original*”, cuando la copia que reposa en el expediente fue entregada por la Corte Suprema de Justicia a la Fiscalía General de la Nación, “*misma que en dos oportunidades anteriores solicitó, sin éxito, la preclusión de la investigación a favor del hoy acusado*”.

ix. Lo que la defensa pretende es “*seguir ganando tiempo*” para que prescriba la acción penal.

Anexó: poder otorgado por la víctima.

3.3.3. El Procurador 3° delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, en su condición de agente especial del Ministerio Público en el proceso radicado 11001600010220200027600, hizo referencia a los hechos que sustentan la demanda y a las causales de procedibilidad de la acción de tutela. Posteriormente, refirió que:

i. Ante la petición del defensor, el 2 de octubre de 2024, la procuraduría - *en cumplimiento de sus funciones constitucionales*- sostuvo que: “... *no habría ninguna transgresión a una garantía fundamental si se accede a la solicitud impetrada por la defensa, en razón a que pone de presente la manera en cómo se desarrolló el descubrimiento exigido y autorizado por la señora juez en la diligencia pasada, pues ha demostrado que la información que faltaba por descubrir, solo fue entregada hasta antes del desarrollo de esta diligencia dada su complejidad desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, pues se señalan más de 136 GB de información*”.

ii. Enfatizó que enfrentadas las dos prerrogativas -*defensa técnica Vs. celeridad y términos razonables*- no sería proporcional una restricción al derecho de contradicción, ya que era trascendental que la defensa contara con tiempo razonable para preparar su estrategia, dado que la información sobre la que pretendía ejercer esa facultad “*solamente pudo completarse hasta la fecha*”.

iii. Su intervención en la audiencia fue, precisamente, para evitar la discusión constitucional actual, pues, de haberse tenido en cuenta el test sugerido, pudieron evitarse las irregularidades procedimentales que denunció el accionante “*en punto a que, frente a la continuación de la audiencia, le resultaba materialmente imposible a la defensa hacer una verificación sobre el contenido de los elementos digitales*”, situación que no le era atribuible.

iv. El análisis sobre la invalidez procesal de la audiencia, debe contextualizarse bajo el siguiente esquema:

a. El asunto tiene relevancia constitucional, porque afecta derechos fundamentales de las partes.

b) La defensa agotó los medios de defensa judicial con los que contaba, pero no fueron idóneos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

- El juicio de idoneidad se suple desde la óptica de prevenir un “juicio sin pruebas” para el acusado, como expresión de la vulneración de su derecho de defensa, con efecto para las víctimas de conocer la verdad y el respecto a la garantía *-aplicable a ambos extremos-* del plazo razonable.

- De esperarse que el procesado pueda invocar una nulidad hasta la eventual presentación de recursos, resultarían afectadas, gravemente, las garantías a la verdad y al plazo razonable, en razón a que el efecto de una posible y futura invalidez de lo actuado representara un desgaste judicial, y de cara a la proximidad de la prescripción, se adelantaría una actuación sin propósito para los ofendidos.

c) Se cumplió con el requisito de la inmediatez. La acción de tutela se interpuso dentro de un término razonable.

d) Existe una irregularidad procesal. La interpretación realizada por el juzgado *-en cuanto a que la finalidad del descubrimiento es permitir el conocimiento de la evidencia, el cual se habría cumplido el 12 de septiembre de 2024 (cuando se accedió a la copia espejo que suministró la fiscalía)-*, conlleva establecer que el accionante especificó, de forma correcta, la casual específica del defecto procedimental absoluto, que generó el desconocimiento de la garantía judicial a la defensa, en su ejercicio de la contradicción probatoria.

- La juez incurrió en una indebida interpretación del alcance del descubrimiento, en razón a que “conocer” las evidencias no solo se sortea con su obtención *-de aceptarse que se acudió a la información como la copia espejo-* sino que, en atención a la forma de los elementos *-datos informáticos contenidos en el celular y el computador-*, implica, necesariamente, un estricto protocolo técnico para su identificación, recolección, preservación, extracción y, asimismo, un análisis científico y forense.

- Conocer datos informáticos no solo se socava con la obtención de la evidencia, pues la finalidad del descubrimiento probatorio implica comprender lógicamente la información de la fuente de la prueba, para efecto de que se pueda concluir, razonablemente, que se tiene pleno conocimiento del elemento y soslayar

la discusión del sorprendimiento. Esa dinámica, tendría efectos sustanciales en el ejercicio del derecho de defensa, que se desarrolla bajo estrategias litigiosas.

- El accionante demostró que no contaba con esa comprensión para los fines de su ejercicio defensivo, lo que hizo razonable el pedimento de prórroga, pues, lo que se desprendió es que con ese ejercicio forense estructuraría su estrategia en la búsqueda e incorporación de evidencia favorable y no, solamente, a discutir la autenticidad de los elementos.

- Resultó desacertada la interpretación del accionado, frente a que la defensa pretendía realizar una experticia. El defensor no señaló ni sugirió cuál era su estrategia litigiosa, pues, además de no estar obligado, solo podría verse en el inicio del descubrimiento probatorio. Además, la regla procedimental “*del artículo 415*” no orienta las bases de un procedimiento de descubrimiento, sino que regula la dinámica de una etapa posterior -*práctica de pruebas periciales*-, por lo que, incluso, en ese punto, la funcionaria judicial incurrió en un defecto procedimental absoluto.

- Si en gracia de discusión se aceptara la tesis de desarrollar la audiencia con el descubrimiento de evidencias distintas, por parte de la defensa, y que se surtiera en un azar a las reglas de la prueba sobreviniente, se desconocería que esa figura es excepcional e implicaría el condicionamiento al ejercicio de la defensa, dado que conllevaría que, por falta de descubrimiento y enunciación, posteriormente, no se admita.

e) El accionante identificó las circunstancias que generaron la vulneración de los derechos fundamentales, con base en lo ocurrido en la sesión de audiencia preparatoria del 2 de octubre de 2024. También cumplió con la carga de establecer que las irregularidades fueron puestas en conocimiento de la juez.

v. La Corte Suprema de Justicia ha insistido en la posibilidad de que el proceso pueda ser saneado en cualquier etapa -*STP1379-2024. Rad. 135381*-. El accionante ventiló las distintas irregularidades al interior de la actuación, sin que se le permitiera algún remedio, ya que no se le habilitaron los recursos, no se accedió al control de legalidad, no se le dejó plantear la nulidad y, en todo caso, si se planteaba se mantendría hasta la sentencia, de lo que surgió la imposibilidad de hacer valer los derechos fundamentales en el trámite. Por tanto, no tiene otro mecanismo para evitar un perjuicio inminente e irremediable.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitó que se protejan los derechos fundamentales del actor y que se acceda a la petición de amparo, concediéndole un tiempo razonable *“para la verificación de los elementos y se le permita hacer el descubrimiento probatorio y las fases sucesivas”*.

Así mismo, pidió que se inste a la accionada para que no incurra en conductas similares.

3.3.4. El apoderado de Eduardo Montealegre Lynnet y Jorge Fernando Perdomo Torres *-víctimas-*, luego de hacer referencia a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en especial, el de la subsidiariedad, manifestó que, en el caso, no fue acreditada la inexistencia de un medio idóneo para garantizar los derechos fundamentales del accionante al interior del proceso en curso; por el contrario, el peticionario reconoció que cuenta con mecanismos ordinarios para salvaguardarlos, ya que está en trámite el recurso de queja que interpuso el 2 de octubre de 2024.

Explicó que ante la decisión del Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, de no suspender la audiencia, el defensor interpuso recurso de queja, con el que pretende que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá evalúe la procedencia de la alzada, con la anticipación que, de no concederlo, sustentaría una nulidad.

Agregó que la juez concedió la queja y ordenó el trámite, sin que, en ese momento, la defensa planteara nulidad alguna. Por tanto, refirió, *“el defensor cuenta con recursos ordinarios para debatir sobre la supuesta vulneración a los derechos fundamentales; a tal punto que, actualmente, se encuentra en trámite la queja, la cual tiene por objeto debatir el mismo acto que acá se está tachando de irregular”*.

Señaló que fue el defensor quien se negó a pedir la nulidad, estrategia discrecional y en la que no pueden inmiscuirse las demás partes o intervinientes. Que lo que no resulta posible es que las consecuencias *-favorables o desfavorables-* de sus decisiones sean instrumentalizadas para afirmar la vulneración de los derechos fundamentales del procesado. Eso equivaldría a permitir que el causante alegue su propia culpa para remediar sus errores.

Indicó que, pasado bastante tiempo desde el supuesto desconocimiento de los derechos fundamentales, el defensor suplente peticionó la nulidad de la actuación.

Desde ese momento, el abogado reconoció que contaba con medios ordinarios idóneos *-la nulidad-* para buscar el amparo de las prerrogativas constitucionales. La petición no fue descartada por la juez, sino que difirió su sustentación para el final de la preparatoria, para evitar desgastes o dilaciones injustificadas que entorpecieran la administración de justicia.

Señaló que la decisión de resolver la solicitud en la sentencia no deriva en afectación de derechos fundamentales ni en la inexistencia de un mecanismo idóneo al interior del proceso para plantear la discusión. De hecho, demuestra que la controversia sería estudiada y resuelta en el momento oportuno y que se cuentan con los mecanismos de ley para controvertir el fallo que se adopte.

Aunó que fue el defensor quien decidió no realizar descubrimiento probatorio, con las consecuencias procesales que eso implica. Es decir, no fue la judicatura quien, de manera arbitraria, le negó la capacidad probatoria, máxime cuando el interesado contó con tiempo suficiente para revisar el tema.

Explicó que cuando se instaló la audiencia preparatoria *-6 de septiembre de 2024-*, la defensa conocía la existencia de los dos dispositivos de almacenamiento *-celular Samsung SM-A305G y computador HP Probook 4430S-*. Por ende, tuvo la capacidad investigativa de acudir a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para obtener copia del contenido de los elementos; sin embargo, lo hizo el 10 de septiembre, cuando realizó la solicitud formal.

Que, a pesar de lo anterior, la información que se encontraba en los dispositivos fue entregada por el acusador los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2024, que correspondía a una copia espejo de lo hallado en el celular y en el computador. Por tanto, la defensa, desde ese momento, contó con la totalidad de la documentación. Luego, nunca hubo ocultamiento y se le dio la oportunidad de analizar los elementos; distinto es que quiera confirmar que lo entregado por la fiscal corresponda con lo que se encontraba en los dispositivos *-mismidad-*.

Solicitó que se declare improcedente la acción de tutela por dos razones: **i)** falta de subsidiariedad y **ii)** falta de vulneración de los derechos invocados.

3.3.5. La Fiscalía 1° delegada ante la Corte Suprema de Justicia elevó igual petición, por las siguientes razones:

i. El accionante interpuso queja contra la orden que emitió la accionada de no suspender la audiencia preparatoria y dar por cumplido el descubrimiento probatorio. La juez dio trámite al recurso y garantizó el derecho a la defensa, por lo que el asunto está en debate.

ii. De considerarse superado el requisito de procedibilidad de la acción de tutela, debe ser negada por ausencia de causal específica, dado que la decisión cuestionada se emitió de forma legal, ya que:

a. El 6 de septiembre de 2024 la juez concedió la suspensión de la audiencia hasta el 2 de octubre para que “*se obtuviera copia forense del computador y del celular*”, incautados a Juan Guillermo Monsalve Pineda, en 2020. Fue la defensa quien solicitó a la Sala Especial de Instrucción, el 15 de enero de 2020, realizar la inspección judicial en La Picota e incautar los elementos.

b. Remitida la actuación a la fiscalía, tras la renuncia al fuero del acusado, el 5 de abril de 2021, el ente acusador *-en desarrollo de las audiencias de preclusión-* entregó copia de las imágenes forenses del computador y del celular a la defensa.

c. En garantía de sus derechos, durante la audiencia preparatoria, el defensor solicitó los elementos en copia espejo, por lo que se procedió a la entrega. Por tanto, no se trata de un elemento noval para el accionante y, por ende, “*legal y garantista la actuación de la señora jueza al permitir su obtención, así como al considerar superada la etapa del descubrimiento con la orden hoy impugna*”.

d. Si bien la Sala Penal de Primera Instancia autorizó la copia del computador, del celular y de una USB *-elemento que no fue enunciado el 6 de septiembre por la defensa, porque había sido descubierto-* “*cuya actividad culminó el 1 de octubre anterior*”, no se vulneró el debido proceso, ya que, 12 días hábiles antes, el defensor contaba con la extracción de la copia fidedigna obtenida por la fiscalía. Lo alegado por el abogado fue que sus peritos no alcanzaron a llevar a cabo el estudio de la extracción, tratándose de una prueba pericial que podría enunciar y entregar, incluso, cinco días antes a la instalación del juicio oral.

e. Por eso, la juez consideró completó el descubrimiento de la defensa, ya que la copia espejo satisfizo el requisito de esa etapa, atendiendo que el estudio pericial no hace parte de ella. Además, lo que le fue entregado y lo obtenido en la corte

corresponde a un solo elemento material probatorio, pero fue el abogado quien decidió acudir a las dos fuentes.

Anexó:

i) Memorial, sin fecha, suscrito por el apoderado judicial del actor, ref.: “solicitud de inspección de elementos incautados al testigo Juan Guillermo Monsalve”,

ii) Auto emitido el 15 de enero de 2020, en el que se pasa a despacho de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia la petición,

iii) Memorial, suscrito por el mismo abogado, con fecha de recibido ilegible, ref.: “reitera solicitudes probatorias”,

iv) Auto emitido el 3 de marzo de 2020, con la misma finalidad del ítem ii),

v) Auto del 6 de marzo del mismo año, en el que la Corte Suprema de Justicia dispuso: “con fines de averiguación y análisis de información del contenido del teléfono celular y el computador que se dice le fue hallado en su poder a Monsalve Pineda, se ordena la incautación y puesta a disposición de este despacho de los mismos...”,

vi) Orden a Policía Judicial, de la misma fecha, en la que se lee: “... se dispuso comisionar un miembro de ese Grupo de Apoyo Investigativo, para incautar y poner a disposición del Despacho atendiendo lo dispuesto en el artículo 259 y 260 del CPP, el teléfono celular y el computador que se dice le fue hallado en su poder al interno Juan Guillermo Monsalve Pineda, conforme a la petición del señor Brigadier General Norberto Mujica Jaime, director general del Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, informó que en operativo de registro y control llevado a cabo el pasado 4 de enero, a la casa fiscal del COMES “se le encontraron elementos de prohibida tenencia tales como celular, dinero en efectivo, televisor, impresora y computador ... ””.

vii) Formato/constancia de entrega de elementos materiales probatorios, fechada 2021/04/05, al investigador adscrito a la oficina del apoderado judicial del actor, en el que se registró - informe N°... con archivo de 11 folios en PDF, con la copia espejo de... extracción de información de la evidencia... correspondiente a la tarjeta Sim 1 de Claro y la tarjeta Sim 6..., * imagen forense denominada..., extraída del computador portátil, marca HP ProBook 4430s, serial...”*

ix) Formato/constancia de entrega de elementos materiales probatorios, fechada 2024/09/11, a los peritos digitales de la defensa, de las siguientes evidencias: -un disco duro, marca Toshiba, USB 3.0..., archivos de extracción de los teléfonos Samsung A305G..., un disco duro, marca Toshiba, USB 3.0. archivos de extracción de los teléfonos Samsung A305G-

3.3.6. El Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá se pronunció así:

i. Cursa en ese despacho el proceso con radicado N° 11001600010220200027600, seguido contra **Álvaro Uribe Vélez** por el delito de fraude procesal en concurso homogéneo y heterogéneo con soborno en la actuación

penal, en concurso homogéneo y soborno; en el que fijó los días 6, 12, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27 de septiembre y 2, 3, 4 y 17 de octubre de 2024 para llevar a cabo la audiencia preparatoria.

ii. El 6 de septiembre de 2024 instaló la diligencia; calenda en la que la defensa contractual presentó 11 observaciones al descubrimiento probatorio de la fiscalía que permanecía incompleto. En virtud de ello, solicitó el aplazamiento de la audiencia para terminar de recaudarlo, petición que el despacho atendió por considerarla razonable y dispuso continuarla los días 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 16 y 17 de octubre de 2024.

iii. El 2 y 3 de octubre de 2024 evacuó el descubrimiento, la enunciación, las estipulaciones probatorias, la solicitud probatoria e interrogó al acusado sobre los cargos formulados. La diligencia se reanudaría el 8 de octubre, con la intervención de las partes respecto a las solicitudes de exclusión, rechazo e inadmisión; teniéndose fijados, también, los días 9, 10, 11, 16 y 17 de octubre.

iv. No existe ninguna situación de vulnerabilidad para el actor, propiciada por ese despacho, y, mucho menos, se le han cercenado derechos fundamentales; en cambio, el ejercicio jurisdiccional se ha efectuado de manera garantista y con plena observancia del sistema normativo.

v. En la audiencia preparatoria adelantada el 6 de septiembre de 2024 se conoció que el traslado del descubrimiento probatorio de la fiscalía a la defensa no había culminado, *“pese a las labores arduas de la asistencia letrada para obtenerlo en su integridad”*, ya que, de manera específica, faltaba obtener la información extraída del computador y del celular, incautados a Juan Guillermo Monsalve Pineda, lo que motivó a esa instancia a *“concederle 26 días para el recaudo de los mecanismos de convicción faltantes, término más que suficiente para cumplir con la carga procesal, dejándose claro que era necesario, que la defensa conociera esa información”*.

vi. Reanudada la audiencia, el 2 de octubre de 2024, el defensor principal mencionó que recaudó la copia espejo de la información requerida; aseguró:

“Los días miércoles, su señoría, 11 y el jueves 12 de septiembre se llevó a cabo el proceso de copiado y extracción forense de los elementos que están en manos de la fiscalía. Y esto es importante decirlo, que era un procedimiento muy técnico. Estaba siguiendo con los protocolos de la fiscalía, que fue hecho bajo la estricta observancia de los protocolos que tiene esa institución con la supervisión de los funcionarios de la fiscalía, para garantizar y preservar la evidencia digital durante todo el proceso

de extracción de las imágenes forenses se siguieron rigurosamente sus pasos y eso llevó a que, por el volumen que era de la información digital contenida, fue necesario, su Señoría, dejar trabajando los equipos forenses de extracción durante horas nocturnas consecutivos, de tal manera que se extendió más allá del horario regular de atención, pero que era la Manera la forma que la fiscalía permitía para que no tomara mucho tiempo, porque si hacía en horario hábil era difícil que pudiera completarse porque no se puede parar a mitad de camino, entonces con ese sistema que tiene la fiscalía muy desarrollado, sin duda se aseguraba que la información fuera copiada de manera íntegra, sin interrupciones, cumpliendo con esos protocolos y todo el tiempo, su señoría acompañados por la fiscalía, hay que decir lo que eso significó, un trabajo ingente, extraordinario los funcionarios de la fiscalía en horas no hábiles para asegurar que se diera esa entrega de parte de lo que la Fiscalía tenía que hacer...Ahora bien, la fiscalía, pues, hizo la tarea que le correspondía...”

vii. Partiendo del principio de buena fe y que el propósito del término dispuesto entre el 6 de septiembre y el 2 de octubre de 2024, era que la defensa conociera el descubrimiento probatorio de su contraparte, lo cual acaeció el 12 de septiembre de 2024, se advierte como no existe la transgresión censurada, por el contrario, se preservaron las garantías constitucionales del acusado al concederle el término razonable para obtener el material, que, además, es idéntico al que ostenta la fiscalía, al ser copia del medio de prueba original.

viii. El posicionamiento de acudir a la “fuente” probatoria es una premisa legítima que puede avocar la defensa, sin que ese interés adicional equivalga a inferir que ignora la totalidad del descubrimiento probatorio del acusador, menos cuando el defensor conoce el acervo probatorio desde el 12 de septiembre de 2024, contando, desde esa calenda, con la posibilidad de verificar la información y definir la estrategia defensiva.

ix. Las manifestaciones desobligantes de la defensa develan un interés por hacer incurrir en error al magistrado ponente, al afirmar que desconoce un material probatorio y que no contó con tiempo para verificarlo, cuando desde el 12 de septiembre lo tuvo en su haber “*y en tanto fueron 20 días otorgados para sufragar las acciones que consideraran pertinentes respecto a los medios documentales perseguidos, y no las 38 horas que reputan insuficientes para su ejercicio defensivo*”.

x. El proceso no tiene génesis reciente, han transcurrido seis años desde que el encausado fue vinculado a la investigación, garantizándosele todas las prerrogativas constitucionales e informándosele los hechos endilgados, cuando **Uribe Vélez** fue citado a indagatoria ante la Sala Especial de Instrucción de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia; tiempo en el que contaba con la misma representación judicial.

xi. Por tanto, es inadmisibile que la defensa desconozca los hechos y traslade culpas que no recaen en el operador judicial. Incluso, en la audiencia, la fiscalía dejó claro que desde el 9 de septiembre estuvo a disposición del defensor la copia forense o espejo; eso es, una copia fiel del elemento original. La diligencia de copiado se llevó a cabo entre el 11 y el 12 de septiembre de 2024

xii. Además, el acusador indicó que los elementos se trataban de un computador y de un celular que, en el 2020, fueron incautados en la cárcel donde permanecía Juan Guillermo Monsalve Pineda, por parte del INPEC. Al tener noticia de ello, la misma defensa y representación de víctimas en el proceso 52240, solicitaron a la Corte Suprema de Justicia que realizara la inspección el 15 de enero de 2020, a lo que se accedió.

xiii La fiscal refirió que *“ordenada la incautación y puesta a disposición de la corte de esos elementos de los que solicitó que se le entregara la defensa desde el memorial suscrito y autorizado por la corte del 27 de abril de 2020 y aparece la copia del correo de la corte, en la cual se dice que se hace el copiado digital de la misma”*. Esos elementos, obviamente, fueron copiados por el defensor; además, en desarrollo de la audiencia de preclusión de la investigación, la fiscalía hizo entrega de los que iba a utilizar, entre esos, el teléfono y el computador.

xiv. En ese contexto, al tener certeza de que el descubrimiento de las pruebas de cargo se colmó, el juzgado determinó no suspender la audiencia preparatoria y le dio la posibilidad a la defensa técnica que continuara con la actividad que restaba, *“respecto a la verificación de la copia espejo de cara a la información extraída de la fuente, que también según las aseveraciones del togado defensor se haría en un término de 7 días, recordando lo estatuido en el artículo 415 de estatuto rituario, y la opción con la que contaba de poner en conocimiento de las demás partes el peritaje al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcione la peritación”*.

xv. Sin embargo, el defensor se negó a tomar tal posibilidad *“y negar que se trataría de un peritaje y que no era potestad de la judicatura entrometerse en la estrategia defensiva”*.

xvi. La afirmación del defensor contradujo su propio discurso, pues minutos antes, adujo: *“... solicito que se nos conceda un pequeño plazo adicional para poder completar la tarea de verificación de esa información que conforme a lo que nos indican nuestros expertos de informática forense que han atendido este tema y que nos mandan una certificación que adjuntamos en el traslado de estallada (sic) en las etapas, son las siguientes,*

verificación de integridad, indexación de la información, procesamiento del contenido filtrado de datos relevantes, validación de resultados y generación de reportes, estiman un total de por cada elemento Uno, el disco duro 76 horas, el celular 88 horas para un total de 164 horas, lo que equivale a 64 horas, lo que equivale a 6.4 días de trabajo interrumpido de los equipos forenses”.

xvii. El abogado se sostuvo en la necesidad de suspender el acto público, cuando a todas luces, no había una razón válida para aplazarlo, menos cuando el artículo 415 de la Ley 906 de 2004 estatuyó el protocolo para los peritajes y su traslado 5 días antes de su práctica en juicio oral.

xviii. A renglón seguido el abogado indicó *“...tomé comunicación con mi cliente el doctor **Álvaro Uribe Vélez**... y teniendo en cuenta lo por usted decidido y para no convalidar una actuación que violenta gravemente el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas en particular, y va en contra vía de lo que se había decidido el 6 de septiembre, al permitirse que ese accediera a la información obtenida, la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento y verificación para completar ese descubrimiento probatorio y no estando por consecuencia de acuerdo esta defensa y no queriendo que convalide esa actuación con mayor respeto, señoría manifiesto que la defensa no va a hacer ningún descubrimiento probatorio”.*

xix. Ante la manifestación libre del abogado y por tratarse de un acto de parte, la judicatura entendió que no habría descubrimiento probatorio de descargo y continuó con la diligencia. El derecho de igualdad de armas no fue trastocado ni se posicionó la balanza en favor del acusador, quien cuenta con la misma copia espejo de la información. Por tanto, es insostenible que la defensa alegue que la juez *“quiso dejarlos sin pruebas”* y pretenda retrotraer la actuación para propiciar la repetición de un acto que precluyó, pues fue él quien decidió no hacer descubrimiento y, de manera desleal, acudir a la tutela.

Por lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia del mecanismo constitucional, además, porque contra la orden emitida por el despacho, de no suspender la audiencia preparatoria, la defensa instauró recurso de queja, por lo que la acción de tutela carece de subsidiariedad, *“pues de prosperar su inicial proposición, quedaría sin piso cualquier determinación respecto de los actos procesales posteriores”.*

Remitió el link de acceso al proceso digital.

3.3.7. El apoderado judicial de Iván Cepeda Castro, víctima, adicionó su respuesta frente al pronunciamiento que el juzgado accionado allegó. Al respecto, manifestó:

i. En el expediente 52240, que dio origen a la actuación procesal, existe evidencia que, desde 2020, el accionante conoció la incautación de los elementos digitales de Juan Guillermo Monsalve Pineda. Tanto así que, el abogado, el 15 de enero de 2020, solicitó al magistrado instructor de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, a cargo de la investigación, llevar a cabo la inspección judicial de los elementos. Petición que reiteró en marzo.

ii. Mediante auto del 6 de marzo de 2020 el magistrado dispuso la incautación “*con fines de verificación y análisis de información del contenido del teléfono celular y el computador*”.

iii. El 27 de abril de 2020 la defensa pidió, al magistrado, “*copias digitales de cualquier actuación que obrara en el expediente con posterioridad al informe de policía judicial NO. 5552391 al 10 de marzo de 2020*”. Ese informe se relaciona con la orden de incautación de los elementos electrónicos.

iv. “*Aun cuando, en mi calidad de apoderado del senador Iván Cepeda Castro no tengo certeza de que la defensa del expresidente **Uribe Vélez** haya recibido copias de esos elementos con anterioridad, a los hechos expuestos en la solicitud de tutela*”, es importante que, al momento de resolver la acción de tutela, el tribunal tenga en consideración los siguientes documentos:

a) *Memorial, sin fecha, suscrito por el apoderado judicial del actor, ref.: solicitudes probatorias rad. 52.250 “a fin de llevar a cabo inspección judicial a los elementos incautados por el INPEC al señor Juan Guillermo Monsalve Pineda”.*

b) *Auto emitido por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de marzo de 2020, en el que se pasa a despacho la petición radicada por el abogado.*

c) *Providencia del 6 de marzo de 2020, en la que la Corte Suprema de Justicia dispuso: “con fines de averiguación y análisis de información del contenido del teléfono celular y el computador que se dice le fue hallado en su poder a Monsalve Pineda, se ordena la incautación y puesta a disposición de este despacho de los mismos...”.*

d) *Memorial, sin fecha, firmado por el apoderado judicial del actor -como defensor- con la ref.: “solicitud de copias digitales de cualquier actuación que obre dentro del expediente con posterioridad al informe de policía judicial N° 5552391 al 10 de marzo de 2020, suscrito por Luz Mary Acevedo Cortes”.*

e) Correo electrónico del 27 de abril de 2020, firmado por el profesional especializado de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, dirigido a la dirección: cotacto@jaimegranados.com.co, en el que se lee: “en respuesta a su memorial de la fecha, envío folios adjuntos respecto del radicado 52240 que obran en el último cuaderno de la actuación...”.

3.3.8. El apoderado judicial del tutelante también se pronunció frente a la respuesta que el juzgado accionado profirió, así:

i. La juez incurrió en precisiones que conllevan que se tergiverse lo ocurrido en la audiencia preparatoria. En sesión del 6 de septiembre de 2024 la defensa pidió un plazo adicional para acceder a las evidencias originales y hacer las verificaciones directamente de ellas. Aquello fue autorizado por el accionado, incluso, con la mención del despacho, de que existía una copia espejo en poder de la fiscalía, pero que el defensor estaba optando por acudir a la fuente original.

ii. La juez, en la respuesta, replicó la intervención de la fiscalía para dar a entender que la evidencia fue conocida por la defensa desde el 27 de abril de 2020; lo cual no es cierto.

iii. Si bien, conoció que en la investigación radicada N° 52.240, en enero de 2020, el INPEC sorprendió a Juan Guillermo Monsalve con elementos prohibidos en su lugar de reclusión, entre ellos, un celular y un computador, por lo que la defensa solicitó a la sala de instrucción la incautación de esos objetos, a lo que procedió el 10 de marzo de 2020 -como consta en el informe de policía judicial N° 5552391-, lo cierto es que ese documento solo hace relación a la incautación material, pero no detalla el contenido, ya que, en esa fecha, no se adelantó ningún procedimiento de extracción forense.

iv. Además, a finales de marzo de 2020 se ordenó el aislamiento por el COVID-19, generándose la imposibilidad de revisar, directamente, los expedientes judiciales. El correo electrónico del 27 de abril de 2020, al que hizo referencia la fiscalía, no fue una solicitud para obtener copia del contenido digital de los elementos de prueba, sino para que se remitiera, en formato digital, todo lo que se hubiera allegado al expediente con posterioridad, en virtud de la pandemia, lo cual *“nada tenía que ver con la información extraída de los elementos incautados”*.

v. Entre el 10 de marzo de 2020 -cuando los elementos fueron incautados por la corte- y el 31 de agosto de 2020 -cuando la defensa tuvo acceso al expediente rad. 52.240- no se le permitió el acceso al contenido del computador y del celular de

Monsalve. Y es que para el 31 de agosto de 2020 no obraba en la actuación el informe del procedimiento de extracción ni la imagen forense derivada de esos elementos, dado que fue en auto del 23 de octubre de ese año que se levantó la reserva del cuaderno N° 12 *-evidencias digitales remitidas por las autoridades carcelarias y derivadas de la diligencia de registro en La Picota-*.

vi. Si bien el 25 de agosto de 2021 se suscribió un acta de descubrimiento, con ocasión a la audiencia de preclusión, los elementos relacionados en el documento no corresponden a las imágenes forenses del computador y del celular, obtenidas por la fiscalía. El elemento 209 *-relacionado en el acta-* se trató de la información extraída del celular Huawei, modelo ALE-L23, de propiedad de Euridice Cortes Velasco, Alias Diana.

vii. Sobre el celular de Juan Guillermo Monsalve, es menester precisar que el perito de la Sala Especial de Instrucción no pudo realizar la adquisición de la imagen forense, ya que no fue posible desbloquearlo. Sin embargo, el informe No. 11-279058 del 19 de marzo de 2021 da cuenta de la extracción de archivos del dispositivo en un Blu-ray, que fue lo que en su momento se le entregó a la defensa, más no la imagen forense *-copia clon o exacta del dispositivo de almacenamiento donde reposa la información, al tiempo que la información exportada corresponde a la ubicación y selección de determinados tipos de archivos o información, filtrada, que se pueda encontrar en un dispositivo o en una imagen forense-*.

viii. El acceder a los informes de extracción no garantiza un conocimiento integral de la evidencia, pues, solo se accede a la fracción que se obtiene, conforme a los procedimientos y filtros de búsqueda que determine quien orientó la labor.

ix. El elemento 274 del acta, corresponde a la carpeta titulada *“274. Información exportada, EMP HP 4430S serial”*. Si bien la información está relacionada con el computador de Juan Guillermo Monsalve, no se trata de la imagen forense del elemento, sino de un DVD con archivos exportados. En ese caso, la imagen forense obraba en un disco duro, marca MAXTOR, serial V30R1CXG, mientras que la información exportada obraba en un DVD-R rotulado con el radicado del caso y con la mención *“información exportada EMP HP 4430S, serial CNU208KFV”*.

x. De las actividades autónomas desarrolladas por la fiscalía, la defensa solo obtuvo acceso al referido Blu-ray en el que constaban los archivos extraídos, conforme a los criterios de búsqueda, más no a la imagen forense. Por tanto, está

en pleno derecho de acceder, directamente, a la evidencia original para tomar su propia imagen forense y realizar su propio procedimiento de búsqueda, tal como pudo hacerlo la Fiscalía General de la Nación.

xi. La defensa no optó por una estrategia pasiva, sino que, ante la evidente vulneración del derecho de contracción, se negó a realizar el descubrimiento *“lo cual es entendido por la señora juez en el sentido que “no habría descubrimiento probatorio de descargo” y, por ende, se podía continuar con la diligencia”*.

xii. La defensa técnica siempre manifestó su intención de hacer su propio descubrimiento, precisamente, eso fue lo que motivó la solicitud de prórroga.

xiii. La acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad. La interposición del recurso de queja tiene por objeto que se determine la corrección o incorrección de la negativa de un recurso, sin que sea un remedio para la vulneración de los derechos fundamentales invocados, más aún si se tiene en cuenta que, muy probablemente, el mismo sea resuelto cuando haya concluido la audiencia preparatoria.

xiv. La defensa no pretende hacer incurrir en error al magistrado ponente, la acción de tutela instaurada hace parte del derecho de postulación.

Anexó: enlace contentivo de 20 archivos digitales, a saber:

“1. Solicitud Doctor Jaime Granados Peña.pdf 1,1 MB, 2. Reiteración solicitud Doctor Jaime Granados.pdf 54 KB, 3. Auto del 6 de marzo de 2020.pdf 198 KB, 4. Constancia de copias del 11 de marzo de 2020.pdf 51 KB, 4. Informe de PJ 5552391 - 10 de marzo de 2020.pdf 1,2 MB, 5. Correo electrónico del 27 de abril de 2020.pdf 305 KB, 6. Respuesta al correo por parte del funcionario Hollman René Fuentes Riaño - 27 de abril de 2020.pdf 35 KB, 7. Solicitud del 1 de julio de 2020.pdf 190 KB, 8. Constancia procesal - 11 de agosto de 2020.pdf 1,8 MB, 9. Providencia del 21 de agosto de 2020 - Pérdida de competencia.pdf 2,3 MB, 10. Levantamiento de la reserva.pdf 204 KB, 11. Informe 11-279058 del 19 de marzo de 2021.pdf 3,9 MB, 12. Informe 11-265820 del 30 de marzo de 2020.pdf 1,8 MB, 13. Acta de entrega - 25 de agosto de 2021.pdf 7 MB, 14. Imagen de un Blu-ray en el que se lee: contiene los reportes definitivos en formato (ilegible)... generados con los archivos de extracción del teléfono celular Samsung A305G...”. 15. Informe de Policía Judicial 11-265829 del 30 de marzo de 2020.pdf 3,8 MB, 16. Informe No. IC0006256992 del 4 de marzo de 2021.pdf 3,4 MB, 17. INF-11-279502 del 25 de marzo de 2021.pdf 8,3 MB, 18. Folios 180 AL 186. Radicado 52240.pdf 2,6 MB, 19. Acta de entrega de información - 30 de marzo de 2021.pdf 524 KB y 20. Acta de entrega de información - 30 de marzo de 2021.pdf 282 KB-”

3.3.9. La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá allegó un memorial confuso, suscrito por Ricardo Miranda Montoya, en el que, en síntesis,

solicitó: “1- Que no le vayan a pedir que vuelva a la fiscalía de nuevo ni que les insista que lo declaren víctima... 2. Pidan una copia de los que les firmé con huella en 10 hojas o el audio que “grabaro” para que se lo lean y cotejen con lo que ha dicho en todas partes desde el siglo pasado, tanto a corte, juzgados, etc.”. (Cfr.).

3.3.10. Los apoderados judiciales del accionante allegaron un memorial en el que informaron que el perito forense de la defensa suscribió un informe preliminar sobre los hallazgos obtenidos, hasta ese momento, en las imágenes forenses tomadas directamente de las evidencias originales en poder de la Corte Suprema de Justicia, en el que hizo una comparación con la cantidad de información disponible en la imagen forense puesta a disposición por la fiscalía, encontrando diferencias significativas en el número de archivos de los dispositivos de almacenamiento: **i)** Físico, tipo disco duro magnético de computador, HP Probook 44 30 S, serial No. CNU 2081KFV, color gris negro de un tamaño aproximado de 512 GB, **ii)** Físico, tipo USB, de un tamaño aproximado de 4GB.

Agregaron que el procedimiento de recuperación de archivos se encontraba en curso, dado el alto volumen de información con potencial relevancia que fue identificado. Que, hasta la fecha del reporte, se ha logrado recuperar un porcentaje significativo de archivos no interpretables mediante métodos convencionales, empleando herramientas especializadas como Puran File Recovery. Esa etapa de recuperación resulta importante para asegurar que todos los elementos de interés sean adecuadamente analizados y puestos a disposición para su evaluación dentro del proceso.

Explicaron que, realizado el procedimiento de preservación y adquisición del elemento original en la Corte Suprema de Justicia, advirtieron un total de 424.272 archivos, mientras que la copia espejo muestra un total de 347.365 archivos; es decir, una diferencia de 76.907.

Asimismo, indicaron que respecto al celular de Juan Guillermo Monsalve se encontró información adicional a la encontrada por la fiscalía, destacando diferencias sustanciales en el número de archivos, en algunos casos, de cerca de “25 mil”.

Manifestaron que lo anterior demostraba que lo solicitado por la defensa de **Álvaro Uribe Vélez** no era un capricho ni una maniobra dilatoria, por el contrario, confirma que era necesario concederles la posibilidad de acceder a la evidencia

original para garantizarles la posibilidad de realizar un descubrimiento probatorio propio en debida forma, más si se tiene en cuenta que se trata de elementos trascendentales por pertenecer al principal testigo de la fiscalía.

Anexaron: reporte de actividades suscrito por el perito Daniel Ríos Sarmiento.

3.3.11. El Despacho 11 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dio alcance a las contestaciones anteriores e informó que el 11 de octubre de 2024 se aprobó la ponencia que decidió el recurso de queja interpuesto el 2 de octubre por la defensa técnica de **Álvaro Uribe Vélez** en el proceso radicado 110016000102202000276 -*anexó la providencia*-.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, esta corporación es competente para conocer la acción de tutela instaurada por el apoderado judicial de **Álvaro Uribe Vélez**.

4.2. Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico concebido para proteger los derechos fundamentales cuando son vulnerados o amenazados por los actos u omisiones de las autoridades públicas, y en determinadas hipótesis de los particulares. Su naturaleza subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar a los jueces funcionalmente competentes, ni a los medios comunes de defensa judicial, salvo cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable, pues con ello se evita que se haga un uso abusivo, ya que de ningún modo puede suplir procedimientos o trámites legalmente estatuidos.

4.3. En el caso concreto, del sustento fáctico de la demanda se extrae que el apoderado judicial del accionante expuso tres situaciones específicas que, para él, concretan la vulneración de derechos y garantías fundamentales del procesado; a saber, los de debido proceso, de defensa y de contradicción. Esas son:

- 1.** La decisión que la juez de conocimiento adoptó el 2 de octubre de 2024 - *sesión de audiencia preparatoria*- de no acceder a la solicitud de suspensión de la diligencia, por siete días, para que el equipo de la defensa pudiera analizar dos evidencias -*celular Samsung SM-A305G y computador HP Probook 4430S, incautados por el INPEC a Juan Guillermo Monsalve Pineda*-

a las que pudo acceder, completamente, el 30 de septiembre de 2024, ya que estaban en poder *–las fuentes originales–* de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Como la juez adoptó la determinación como una orden, el defensor interpuso recurso de queja, al que se le dio el trámite respectivo y del que conoció el Despacho 11 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. El descubrimiento probatorio que el defensor se abstuvo de realizar, para evitar convalidar un presunto vicio, que conllevaría la nulidad de lo actuado, soportado en el hecho de que con la orden que la accionada emitió *–de no suspender la diligencia–* se le cercenó la posibilidad de analizar las evidencias, lo cual requería para fundamentar su estrategia defensiva y poder controvertir, descubrir, enunciar y solicitar pruebas.
3. El límite que el juzgado le impuso al no permitirle presentar una solicitud de nulidad en la audiencia del 2 de octubre de 2024 *–por vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa–*, sino que difirió la sustentación del cargo para el final de la preparatoria y la decisión hasta la sentencia.

Conforme a lo expuesto, el defensor del actor demandó para que el tribunal, como juez constitucional, *“deje sin efecto todo lo actuado, a partir de la orden judicial del 2 de octubre de 2024, inclusive”* y ordene a la accionada *“que emita una nueva decisión en la que acceda a la prórroga y, consecuentemente, garantice la posibilidad de hacer el descubrimiento probatorio”*.

4.4. En ese sentido, las determinaciones que la juez adoptó *–objeto de reproche–* se enmarcan en la nominación de providencias judiciales, definidas, de tiempo atrás, por la Corte Suprema de Justicia *–Rad. 33935 de 2010–*, como:

- a.** *La sentencia: decide el objeto del proceso. Se puede adoptar en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.*
- b.** *Autos: resuelven algún incidente o aspecto sustancial.*
- c.** *Órdenes: se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma.*

4.5. Por lo tanto, resulta imperioso traer a colación las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, que implican una carga para el actor en su invocación y demostración.

En principio, la Corte Constitucional ha decantado que la acción de tutela no puede intentarse contra providencias que dictan las autoridades jurisdiccionales en ejercicio de sus funciones. En esos casos, solo puede intentarse excepcionalmente. Esto obedece a que la razón de ser de este mecanismo preferente y sumario es la de proteger los derechos fundamentales de las personas cuando no tienen otro instrumento para ello. Es decir, que no se trata de un mecanismo más mediante el cual las partes de un trámite judicial puedan controvertir las decisiones que los juzgadores tomaron en cumplimiento de sus funciones. En otros términos: el trámite de tutela contra providencias judiciales no consiste en un apéndice o en una extensión del trámite ordinario; en una instancia adicional para ventilar una vez más la controversia subyacente, o para quebrantar el principio de la cosa juzgada -CC. T 291 de 2024-.

Por lo anterior, con el fin de restringir el campo de acción en esos eventos, la jurisprudencia ha establecido unos requisitos de procedibilidad *–generales y específicos–*, a efecto de que *“el juez de tutela evite inmiscuirse en asuntos que no son de su competencia y que las partes del proceso ataquen las providencias judiciales con las que simplemente no están a gusto” –ídem–*.

4.5.1. Requisitos generales de procedibilidad:

Su cumplimiento es indispensable para adelantar el estudio de fondo del caso. Por ende, si alguno no se satisface, se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela -consultar: CC. SU 022 de 2023 y CSJ. STP 13834-2023-.

Estos son:

1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

2. Relevancia constitucional. *“Lo que excluye que el juez constitucional se inmiscuya en controversias cuya resolución corresponde a los jueces ordinarios, lo que se traduce en la carga en cabeza del solicitante de exponer los motivos por los cuales la cuestión trasciende a la esfera constitucional”.* CC. SU-050 de 2022.

3. Inmediatez. Que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

4. Identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho. Que el afectado identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron

la vulneración como los derechos vulnerados y que haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiera sido posible.

5. Efecto decisivo de la irregularidad procesal. Debe quedar claro que aquella tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

6. Subsidiariedad. Que se hayan agotado todos los medios *-ordinarios y extraordinarios-* de defensa judicial al alcance de la persona afectada,

Sin embargo, frente al principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha enseñado que tiene dos excepciones (sentencia T 318 de 2017):

Primera. Cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, mientras que el juez natural resuelve el caso, si con ella se pretende precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La corte² explicó que un *perjuicio irremediable* se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo de medidas impostergables que lo neutralicen. Por ello, sus características jurídicas son:

i) Debe ser inminente o próximo a suceder *-exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño-*, **ii)** Debe ser grave *-que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica-*, **iii)** Deben requerirse medidas urgentes para superar el daño *-entendidas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y como respuesta que armonice con las particularidades del caso-* y **iv)** Las medidas de protección deben ser impostergables *-que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable-*”.

² CC. Sentencia T 318 de 217.

Además, cuando se alegue el perjuicio, el accionante debe acreditar: **i)** una afectación inminente del derecho *-elemento temporal respecto al daño-*, **ii)** la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación, **iii)** la gravedad del perjuicio *-grado o impacto de la afectación del derecho-* y **iv)** el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos³.

Segunda. Prevista en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. También procede la acción constitucional cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz, para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales, caso en el cual emerge como mecanismo definitivo de protección.

Frente a esa excepción, la Corte Constitucional explicó que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, el cual ***“ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial”***.

Por ende, si el juez constitucional se percata que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados, la tutela prospera.

7. Que la demanda no se dirija contra un fallo de tutela o de constitucionalidad⁴.

4.5.2. Requisitos específicos de procedibilidad:

En palabras de la Corte Constitucional⁵, la acción de tutela contra providencias judiciales deberá otorgarse si se demuestra la existencia de una

³ Ídem.

⁴ En sentencia T 286 de 2018, la Corte Constitucional enseñó: “Cuando el fallo es proferido por un juez o tribunal diferente a esta Corporación, se ha admitido de forma excepcional su procedencia, cuando (i) exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, (ii) cumpla con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; (iii) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (iv) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (v) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación. La acción de tutela solo procede contra fallos de la misma naturaleza, cuando no han sido proferidas por la Corte Constitucional y exista fraude, y contra actuaciones surtidas en el proceso de tutela siempre y cuando no busque el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia”.

⁵ Sentencia T 281 de 2024.

violación de los derechos fundamentales, derivada de la configuración de alguno de los defectos reconocidos por la jurisprudencia, como son:

1. Defecto orgánico. Cuando el funcionario judicial que profirió la providencia carece, absolutamente, de competencia para ello -*Sentencias C 590 de 2005, SU 022 de 2023 y T 281 de 2024*-.

2. Defecto material o sustantivo. Cuando el juez decide con normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión -*Ídem*-.

3. Defecto por desconocimiento del precedente. Cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance -*ibídem*-.

4. Defecto procedimental absoluto. Cuando el juez ordinario actúa completamente al margen del procedimiento establecido -*ídem*-.

5. Defecto fáctico. Cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que sustenta la decisión -*ibídem*-.

6. Decisión sin motivación. Implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones -*ídem*-.

7. Violación directa de la Constitución. Cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la carta política, ya sea porque: **i)** deja de aplicar una disposición iusfundamental a un caso concreto o **ii)** aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución -*ibídem*-.

8. Error inducido. Cuando el juez/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 -*ídem*-.

Contrario a los requisitos generales de procedibilidad -*una vez satisfechos todos*-, la acreditación de que alguno de los específicos se configura da lugar a acceder al amparo constitucional.

4.6. En este caso, el accionante *-además de los presupuestos generales-*, identificó o, más bien, sustentó la petición de tutela en dos requisitos específicos, en los que, presuntamente, incurrió la juez accionada: **i)** desconocimiento del precedente judicial y **ii)** defecto procedimental absoluto.

El *primero*, según la Corte Constitucional, “*ocurre en casos en los que el juez ordinario “sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación” desconoce el precedente que sus superiores jerárquicos han desarrollado dentro de su respectiva especialidad jurisdiccional*”. El alto tribunal definió precedente como “*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo*”⁶.

También, cuando el juez “*desatiende el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control concreto proferidas por la Sala Plena (SU) o por las distintas Salas de Revisión (T), siempre que no existan decisiones contradictorias en la línea*”. (Consultar: sentencias SU 380 de 2021 y SU 022 de 2023).

Lo anterior, bajo las siguientes acotaciones: **i)** el juez puede apartarse del precedente si determina, claramente, que la situación fáctica del caso que analiza no es asimilable al pronunciamiento anterior y **ii)** puede hacerlo, siempre que cumplan una carga argumentativa estricta tendiente a demostrar, adecuada y suficientemente, las razones por las cuales toman tal determinación. Particularmente, tienen que comprobar que la interpretación alternativa desarrolla y amplía, de mejor manera, el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección -CC. SU 022 de 2023-.

El *segundo -defecto procedimental absoluto-*, según la Corte Constitucional, tiene fundamento en lo dispuesto en los artículos 29 y 228 de la CPC, que reconocen los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. “*En términos generales esta causal de procedibilidad se configura cuando el juez actúa completamente por fuera del procedimiento establecido*” (CC. T 367 de 2018).

⁶ “*Para determinar si una sentencia o conjunto de sentencias son vinculantes y, por lo tanto, constituyen un precedente para resolver un asunto posterior, es necesario constatar que (i) su ratio decidendi contenga una regla relacionada con el caso por resolver, (ii) dicha regla haya servido de base para solucionar un problema jurídico (...) semejante a la que plantea el nuevo asunto y (iii) los hechos del caso sean semejantes o planteen un punto de derecho similar*” (CC. Sentencia T 281 de 2024).

En ese orden, la corte identificó dos modalidades en las que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedimental *-ídem-*:

i) El defecto procedimental absoluto: ocurre cuando la autoridad judicial se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque:

a) Se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente *-desvía el cauce del asunto-* o

b) Omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso.

ii) El defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto: ocurre cuando la autoridad judicial utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia; es decir, el funcionario judicial incurre en esa causal cuando:

a) No tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos,

b) Renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto,

c) Aplica rigurosamente el derecho procesal pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales.

Adicionalmente, la corte exige que el error de procedimiento sea grave y trascendente, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo y que no pueda imputarse, ni directa ni indirectamente, a la persona que alega la vulneración al derecho a un debido proceso, concretamente, para ejercer sus derechos a la defensa y de contradicción.

Con base en lo expuesto, la sala analizará si la demanda constitucional propuesta por el defensor de **Álvaro Uribe Vélez** cumple con la totalidad de requisitos generales para su procedencia y, de ser así, si concurre alguno o algunos de los específicos.

4.7. Caso concreto- Análisis de procedibilidad de la tutela:

4.7.1. Requisitos generales:

i. No existe duda de que las partes que integran el contradictorio, tanto en el extremo activo *-accionante-* como pasivo *-accionado-* están legitimadas para intervenir en la causa. El primero, porque alegó y sustentó la vulneración de derechos de carácter fundamental, idóneos de protegerse a través de la acción de tutela; y el segundo, por ser el llamado a responder, si es del caso, por aquella transgresión, en caso de demostrarse.

ii. El interesado cumplió con la carga de exponer por qué el asunto puesto en consideración del tribunal, como juez constitucional, trascendía a la esfera constitucional.

Si bien los hechos y las pretensiones se enmarcan en el desarrollo de un proceso penal en curso, el accionante atacó, vía tutela, decisiones adoptadas, precisamente, por el juez ordinario. Es decir, en principio, precisamente en esa situación se basa la necesidad de que el juez de tutela intervenga, más cuando el actor expuso ante el accionado la necesidad de proteger los derechos y garantías fundamentales del procesado **Álvaro Uribe Vélez**, presuntamente, vulneradas, pero el juzgado no adoptó medidas tendientes a sanear la situación.

Por otro lado, del sustento fáctico de la demanda se evidencia que la controversia planteada no se limita a una discusión meramente legal, sino constitucional, por la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y contradicción del actor.

iii. Atendiendo que las decisiones que el tutelante acató fueron adoptadas por el accionado en la sesión de audiencia preparatoria del 2 de octubre de 2024, surge evidente que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un término razonable *-al día siguiente (3 de octubre)-*.

iv. El accionante identificó los hechos sobre los que sustentó la vulneración de los derechos cuya protección reclama *-conforme a las tres situaciones planteadas anteriormente-*, lo cual, además, puso en conocimiento de la juez accionada en la audiencia preparatoria.

v. Indudablemente, las situaciones irregulares que el demandante planteó en la acción de tutela tuvieron efectos determinantes en las decisiones que el accionado adoptó en el proceso penal.

Asimismo, conforme a lo que se planteó en la demanda, las disposiciones de la juez, en principio, podrían afectar derechos fundamentales del actor, quien tiene la calidad de procesado en la actuación.

vi. La acción de tutela no se dirigió contra un fallo de tutela o de constitucionalidad.

vii. Evidenciados como cumplidos los anteriores presupuestos generales de procedibilidad, la sala dejó de último el análisis del de subsidiariedad, dado que fue uno de los puntos claves sobre el que versaron las oposiciones presentadas *-tanto por el accionado como por la mayoría de los vinculados -excepto el Ministerio Público-* a la prosperidad de la acción de tutela.

Al respecto, dígase de una vez, la sala advierte satisfecho el requisito de subsidiariedad por las siguientes razones:

Primera. Cuando el apoderado de **Álvaro Uribe Vélez** interpuso la acción de tutela, estaba en trámite, de manera paralela, el recurso de queja que presentó por la imposibilidad de apelar la orden de la juez 44 penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá de no aplazar la audiencia preparatoria, para darle la oportunidad de analizar la evidencia original obtenida en la Corte Suprema de Justicia.

En principio, el problema jurídico planteado en aquel recurso se identificaba con una de las situaciones irregulares que el accionante postuló en la demanda de tutela *-la orden de la juez de no suspender la diligencia-*. En síntesis, el objeto de la queja se limitó a que:

“En la audiencia del 2 de octubre de 2024, la juez 44 Penal del Circuito consideró que se trataba de una orden que impulsa el proceso y por ello no admite recursos. En contraste, la defensa argumenta que es un auto interlocutorio porque afecta aspectos esenciales como el derecho de defensa, la igualdad de armas y un efectivo descubrimiento probatorio, lo que permite la apelación⁷”.

Por tanto, lo expuesto en el recurso conllevaba que la tutela podía ser improcedente *-en ese momento-*, por la existencia de otro medio judicial ordinario de defensa, que se encontraba en curso en el Despacho 11 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

⁷ Aparte de la decisión adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá en la que resolvió el recurso de queja.

No obstante, dentro del término que tenía la sala para resolver la acción de tutela, otra Sala de Decisión Penal -cuyo ponente fue vinculado al trámite constitucional- resolvió el recurso de queja de manera desfavorable para la defensa, bajo las siguientes consideraciones:

“Para el Tribunal, independientemente de los motivos presentados por la defensa para posponer la sesión de la audiencia preparatoria, la decisión del juez sobre suspender, interrumpir o aplazar la audiencia preparatoria no resuelve el objeto del proceso ni un asunto sustancial, ni siquiera el fondo que define la práctica probatoria. Es solo un acto para avanzar en el procedimiento, conforme a las funciones que la ley le otorga al juez (artículo 139 del C. de P.P.), como controlar tiempos de intervención, disponer recesos, rechazar maniobras dilatorias, fusionar fases procesales, entre otros.

“Dado que la defensa alega que la decisión reprochada resolvió negativamente sobre aspectos probatorios de interés para la defensa, debe mencionarse lo siguiente... sin que la Sala deba determinar si la decisión de la a quo fue acertada o no -ya que no es el propósito del recurso de queja-, se observa que el contenido de la decisión no respondía a una solicitud probatoria formal. Es decir, no se trataba de una providencia que decidiera sobre la admisión, inadmisión, rechazo o exclusión de pruebas, simplemente porque esa subfase de la audiencia preparatoria aún no se ha llevado a cabo-

“Las circunstancias alrededor de la mencionada «orden» judicial coinciden con actividades que impulsan y consolidan los actos preparatorios para llevar a una decisión sustancial, la cual definirá el decreto probatorio. Por lo tanto, no se puede atribuir a esa decisión la conclusión de las subfases mencionadas ni una negativa a continuar con la verificación de la información original de los dispositivos electrónicos referidos y sus extracciones. Esto responde a la flexibilidad que el legislador ha dispuesto para permitir a las partes, por ejemplo, reclamar la exhibición de elementos materiales probatorios y evidencia física durante la audiencia con el fin de ser conocidos y estudiados (artículo 358 ib.). Incluso permite seguir descubriendo elementos probatorios conforme a los presupuestos legales, ya que este es un proceso gradual que será definido en la decisión sobre el decreto y la práctica probatoria”.

En ese orden, el tribunal declaró correctamente negado el recurso de apelación formulado por la defensa de **Álvaro Uribe Vélez** contra la decisión del 2 de octubre de 2024, por medio de la cual el Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de conocimiento de Bogotá negó la solicitud de suspender la diligencia preparatoria.

Es claro, entonces, que el medio judicial adicional con el que contaba la defensa fue resuelto de manera negativa a sus intereses en el curso de la acción de tutela. De ello, se deriva que la orden de no suspender la diligencia para que la defensa pudiera analizar lo extraído de las evidencias originales y compararlo con lo que la fiscalía le descubrió en la copia espejo, quedó en firme -el recurso de apelación no procedía-, con el agravante de que la defensa perdería la oportunidad de hacer su descubrimiento, enunciación y solicitud probatoria, en detrimento de caras garantías procesales dentro de un sistema adversarial como el que regula le

Ley 906 de 2004, debido a que la accionada continuó con el trámite de la audiencia preparatoria.

Por lo tanto, el único recurso ordinario con el que el accionante contaba para atacar la determinación de la accionada se agotó y no fue idóneo para lo que pretendía, que no era solo la suspensión de la diligencia, sino la posibilidad de descubrir pruebas, es decir, la salvaguarda de sus derechos de defensa y contradicción quedó en el aire.

Segunda. La defensa, en consecuencia, se quedaría sin hacer descubrimiento probatorio, ya que al no conocer el contenido de las evidencias recientemente recaudadas y no poderlas cotejar con lo que la fiscalía le trasladó *-principio de contradicción-* le era imposible descubrirlas en debida forma. Sumado a que decidió no materializar ese acto procesal para no convalidar una posible irregularidad que a futuro pudiera desquiciar el proceso.

La situación fue puesta en conocimiento de la juez accionada, quien no le permitió al defensor *-durante la sesión de la audiencia preparatoria-* sustentar una nulidad, sino que aplazó el acto hasta el final de la diligencia, con la advertencia de que decidiría, al respecto, en la sentencia.

Es decir, según eso, si el acto fuera irregular, vulneratorio de derechos y garantías procesales fundamentales, sus efectos se prolongarían hasta la emisión de la decisión final *-sentencia condenatoria o absolutoria-* pese a que ello podría conllevar la nulidad de todo el proceso. La accionada pretendía diferir hasta la sentencia, una situación propia del descubrimiento probatorio, olvidando que este tipo de actos son preclusivos, con graves consecuencias no tanto para el procesado sino para las víctimas, en la eventualidad de que, en la sentencia, se decidiera por declarar la nulidad.

Entonces, si bien podría pensarse que el requisito de subsidiariedad no se cumple porque la juez no le negó, en principio, sustentar la nulidad a la defensa, sino que difirió el acto hasta el final de la preparatoria y la decisión hasta la sentencia, lo cierto es que ese remedio podría ser peor que la enfermedad y podría vulnerar no solo derechos del procesado sino de las víctimas, pues dado el caso, se enfrentarían a un proceso viciado y, para ese tiempo, quizá prescrito, lo que a todas luces constituye un riesgo inminente.

La preclusividad de los actos procesales implica que los temas sean analizados y decididos en el momento oportuno. Si lo que se debate en la audiencia preparatoria es, precisamente, el descubrimiento, la anunciación, las solicitudes de pruebas y sus consecuencias, la sala no entiende la razón por la cual una petición de nulidad relacionada con esos temas deba ser diferida hasta la sentencia, pues las implicaciones de una invalidación en esa instancia afectarían a todas las partes e intervinientes del proceso.

Por tanto, no resulta idóneo, eficiente ni eficaz el remedio que frente a la solicitud de nulidad planteó la juez, lo que habilita el estudio de fondo de la situación *-que también fue objeto de tutela-*.

Tercera. Otro de los escenarios por los que se planteó una posible falta de subsidiariedad, es porque la información extraída por la defensa en las evidencias originales *-obtenidas en la Corte Suprema de Justicia-* podrían ser pedidas como prueba sobreviniente.

La sala no comparte ese criterio, más si se tiene en cuenta que la juez afirmó que la defensa debió hacer el descubrimiento probatorio con las copias espejo que le entregó la fiscalía. Eso indica que ante una posible solicitud de prueba sobreviniente con base en los mismos elementos *-según la accionada-* será despachada desfavorablemente, debido a la ausencia de los requisitos necesarios para ello, bajo el entendido que la petición para el decreto de una prueba de ese tipo no es para revivir oportunidades procesales fenecidas.

Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia no avala de cualquier forma las pruebas sobrevinientes. Recientemente, en providencia AP4593-2024, Rad. 66779, el alto tribunal explicó que, de conformidad con lo previsto en el artículo 344, inciso final, de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia⁸, solo es posible llevar a cabo el descubrimiento y la solicitud de un medio probatorio en la etapa de juicio, siempre que:

“(i) el medio demostrativo que se pretende aducir sea novedoso y que solo haya sido posible encontrarlo o tener noticia de él, una vez iniciada la fase de juicio; (ii) que el elemento o evidencia sea muy significativo para el proceso, es decir, que revista una especial trascendencia y valor probatorio por su relación con los hechos jurídicamente relevantes o el tema de prueba (pertinencia y admisibilidad) y (iii) que su no admisión como prueba implique un grave perjuicio para el derecho a la defensa o para la integridad del juicio”.

⁸ Al respecto, consultar: CSJ AP3307-2023. Rad. 63826.

Bajo esos criterios, para la sala, las solicitudes que pueda hacer la defensa en juicio oral, sobre la base de lo que puede descubrir de los elementos que pretende analizar *-que ya tiene en su poder (antes de juicio oral)-*, no encuadrarían en la definición de prueba sobreviniente. Por ende, la salida de negar la tutela porque cuenta, presuntamente, con esa posibilidad, no resulta idónea para la protección efectiva de los derechos fundamentales invocados.

Cuarta. El otro argumento sobre el cual el accionado y algunos vinculados solicitaron la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional fue porque, presuntamente, la defensa antes de que iniciara el proceso que contra **Álvaro Uribe Vélez** tramita el Juzgado 44 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, conocía el contenido de los elementos incautados por el INPEC a Juan Guillermo Monsalve Pineda, dado que fue el propio accionante quien solicitó a la Corte Suprema de Justicia la inspección judicial de aquellos, desde el año 2020.

Los argumentos que la juez consignó, al respecto, en respuesta a la tutela, se basan en lo que la fiscalía informó en la audiencia preparatoria. Sin embargo, lo cierto es que no existe certeza de que, en efecto, el apoderado de **Uribe Vélez** conociera con anterioridad el contenido de las evidencias desde su fuente original, por las siguientes razones:

i. Porque aquello fue negado por el abogado, quien afirmó que accedió al informe de inspección, más no a las evidencias en sí, que se encontraban en poder de la Corte Suprema de Justicia.

ii. Porque, al parecer, la entrega de las evidencias se hizo por parte de la fiscalía con ocasión a una actuación anterior *-solicitud de preclusión-*. Por ende, no fueron las obtenidas de la fuente original *-que estaban en el alto tribunal-*.

La propia fiscal, en respuesta a la tutela, indicó que, tras la renuncia al fuero del acusado, el 5 de abril de 2021, el ente acusador *-en desarrollo de las audiencias de preclusión-* entregó copia de las imágenes forenses del computador y del celular a la defensa.

Incluso, el apoderado de una de las víctimas *-Iván Cepeda Castro-*, aseguró que no tenía certeza de que la defensa de **Álvaro Uribe Vélez** haya recibido copias de esos elementos con anterioridad, misma que tampoco tuvo la juez, ni tiene esta

sala como para, con base en suposiciones, no analizar de fondo la vulneración de derechos fundamentales del accionante.

Además, aquello que servía de base para una solicitud de preclusión, puede que sea diferente a lo que ahora soporta la acusación de la fiscalía; por lo que no es acertado limitar el acceso y análisis de una información sobre la suposición de que la defensa ya la tenía, máxime cuando fue la propia juez quien, en audiencia del 6 de septiembre de 2024, avaló que el defensor obtuviera las evidencias de las dos fuentes *-la copia espejo que le entregaría el acusador y la original en la corte-*.

Incluso, el apoderado judicial del actor reconoció que, en efecto, él solicitó a la corte la incautación de esos elementos, lo cual se hizo el 10 de marzo de 2020, pero enfatizó que solo conoció el informe de policía judicial que se suscribió de esas actividades investigativas, más no el contenido integral de las evidencias, las cuales, además, tuvieron reserva *-la cual se levantó el 23 de octubre de 2020-*.

Entonces, si lo que se pretende es que se parta del principio de buena fe para dar por cierto que la información que la fiscalía entregó, como copia espejo, es igual a la de la fuente original y que, además, el defensor ya conocía antes del proceso el contenido de los elementos, por qué no partir del mismo principio para dar por cierto lo que el defensor del accionante afirma; es decir, que existen archivos adicionales a los que el acusador le descubrió y que no tuvo acceso a la imagen forense de las evidencias antes del trámite procesal actual.

Para esta sala es claro que una cosa es que se conozca la existencia de la incautación de dos elementos y otra dar por sentado que el defensor conocía el contenido integral de ellos.

Ahora, si eso fuera así, que antes del proceso que sigue el juzgado accionado, la defensa conocía las evidencias; para la sala, eso no es suficiente para no permitir que las analice en la actuación penal que actualmente cursa contra el tutelante, dado que la anterior entrega fue con fines de preclusión *-lo que le convenía al actor-* y ahora acusatorios, lo que torna evidente que el enfoque, la finalidad del análisis es totalmente distinta y contraria entre sí.

En ese orden, para la sala, el presupuesto de subsidiariedad de la acción de tutela no puede entenderse como satisfecho sobre la suposición de que el defensor conocía anteriormente del contenido integral de las evidencias cuya copia extrajo -

completamente- el 30 de septiembre de 2024 -48 horas antes de la audiencia del 2 de octubre de 2024 (en la que se adoptaron las determinaciones objeto de tutela)- en la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión, dado que el tribunal considera satisfechos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, procederá con el análisis de los específicos, concretamente, el de defecto procedimental absoluto.

4.7.2. Requisitos específicos:

4.7.2.1. Cuestión previa:

La defensa enfocó las presuntas irregularidades en que incurrió la accionada en dos defectos: **1)** Desconocimiento del precedente judicial y **2)** Por defecto procedimental absoluto.

Frente al *primero*, la sala considera que no es aplicable en esta actuación, atendiendo el alcance que tiene respecto a casos pertinentes y semejantes al que conoce la accionada. Por ello, la Corte Constitucional fue enfática en que solo se considera precedente aquella decisión *-emitida por superiores jerárquicos-* cuya *ratio decidendi* contenga una regla relacionada con el caso por resolver, que esa regla haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante a la que plantea el nuevo asunto y los hechos del caso sean semejantes o planteen un punto de derecho similar (CC. T 281 de 2024).

Si bien el accionante relacionó, de manera general, amplia jurisprudencia para sustentar el cargo relacionado con ese defecto, frente a temas como el del descubrimiento probatorio, el principio de igualdad de armas, etc.; lo cierto es que tratándose de un caso tan concreto como el expuesto en la demanda y las irregularidades planteadas, el tribunal enfocará el análisis en el segundo error, atendiendo que, dígame desde ya, lo que advierte es que la accionada cercenó, limitó, los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de contradicción del tutelante, lo cual *-como se explicó anteriormente-* concreta un defecto procedimental absoluto.

4.7.2.2. Defecto procedimental absoluto:

i. En la audiencia del 6 de septiembre de 2024 -*preparatoria*- la juez le concedió el uso de la palabra a la defensa para que manifestara -*si era del caso*- observaciones frente al descubrimiento probatorio de la fiscalía. El defensor puso de presente falencias en el de dos evidencias importantes, relacionadas con un computador y un celular encontrados al testigo Juan Guillermo Monsalve Pineda, durante un operativo de registro y control efectuado por el INPEC el 4 de enero de 2020.

El abogado planteó:

“Subsisten, todavía, lagunas significativas de la información que no ha sido descubierta por diferentes razones ya expresadas y que requieren, por supuesto, el conocimiento de la defensa para la preparación ponderada y adecuada de su caso... Así, por ejemplo, es necesario recaudar toda la información relacionada con el computador y celular de Juan Guillermo Monsalve Pineda”.

Al respecto, el fiscal manifestó que:

“... Ese computador y ese celular fueron incautados por el INPEC, entregados a la investigadora de la Corte Suprema de Justicia y en el traslado que se realiza a la fiscalía, nosotros hacemos entrega del informe de campo... efectivamente, se hizo el peritaje forense, se sacó la llamada copia o imagen forense y la misma se encuentra en el almacén de evidencias, por lo que si desearían hacer uso de esa imagen forense, obviamente corresponde traerla del almacén de evidencia y contar con la tera respectiva para el copiado y lo que se le dijo es que el computador y el celular, comoquiera que la Corte Suprema de Justicia adelanta proceso por otro aforado, es allí donde se encuentra este computador y este celular se hace y como lo dijo el doctor en plena lealtad, el descubrimiento de todos y cada uno de los elementos que obraban en esta actuación”.

A renglón seguido, el acusador solicitó al defensor que aclarara si iba a concurrir por el elemento original ante la Corte Suprema de Justicia o bastaría con lo que le entregaría la Fiscalía General de la Nación. También agregó que “*esta tarde se libra la orden para tener ese elemento desde el día de hoy a disposición para la copia respectiva*”.

La defensa dejó sentado su necesidad de obtener no solo la copia espejo de la fiscalía, sino de acudir, directamente, a la fuente original -*Min. 2:09:53*-.

En ese orden, la juez expuso:

“... La defensa técnica ha actuado, en esa parte del proceso del descubrimiento probatorio y las observaciones al mismo, de una manera ágil, juiciosa y ponderada,

pues como él mismo lo ha indicado, son innumerables los elementos que ha tenido que verificar y que, a su turno, la fiscalía también ha aceptado que hasta el día de ayer, finalmente, se entregaron lo que corresponden a unas entrevistas que, al parecer, se encontraban contenidas en unos DVD y que no ha tenido la oportunidad el defensor de verificar esos elementos.

“Lo mismo ocurre con el mentado computador y celular, de los cuales requiere la defensa técnica en ejercicio de ese derecho que le corresponde al acusado, precisamente, verificar todos y cada uno de los elementos que sean objeto de descubrimiento, así como él mismo lo indicó la fiscalía, no vaya a hacer uso de los mismos, por ello, desde ya, considera la instancia, tomando en consideración también la intervención del señor delegado del Ministerio Público, pues sí se hace viable el otorgamiento... sin que ese término además el que ha solicitado el señor defensor, pues se considere en exceso dilatorio.

“El término que ha solicitado sería hasta el 6 de octubre, pero, pues, la instancia va a acceder, entonces, y como ya lo teníamos programado, de suspender este acto procesal para verificar esa continuación del descubrimiento probatorio hasta el 2 de octubre, fechas en las que ya tenemos programado 2, 3 y 4 de octubre para continuar con este acto procesal y que el señor defensor, pues considera el despacho, tiene el término suficiente no solo para verificar esos elementos, sino también para realizar los experticios a que bien tenga.

Como se ve, la juez conoció la intención del defensor de analizar no solo la copia espejo de los elementos que le entregaría la fiscalía, sino de acudir a la fuente original -en la Corte Suprema de Justicia- para la preparación del caso. En ese orden, con base en esa información, la accionada concedió, el 6 de septiembre de 2024, plazo a la defensa para agotar esas actividades.

No obstante, por causas no imputables al defensor del accionante, el acceso completo a las evidencias originales, que estaban en la corte, no se pudo concretar sino hasta el 30 de septiembre de 2024, pese a que la continuación de la audiencia preparatoria estaba programada para el 2 de octubre.

La situación fue puesta de presente por el tutelante en la mencionada audiencia, en la que le informó a la juez que el 12 de septiembre de 2024 obtuvo la copia espejo de las evidencias que la fiscalía le entregó; sin embargo, indicó que pese a que el 10 de septiembre radicó solicitud ante la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para acceder a la fuente original de los elementos y poder copiarlos, la cual reiteró el 13 y el 18 de ese mes, hasta el 20 *ídem* obtuvo respuesta del alto tribunal en la que accedió a la petición, determinó un procedimiento para acceder a lo requerido y le informó que con tres días de anticipación debía comunicar quiénes acudirían a esa corporación, para fijar fecha para la extracción.

El demandante explicó que ese mismo día remitió a la corte la información que le fue pedida y que se fijó el 25 de septiembre de 2024 para iniciar el proceso de la extracción forense requerida, el cual continuó el 26 y 30 de septiembre, hasta las 6:53 p.m. *-por disposiciones del alto tribunal-*.

En ese orden de ideas, es claro que el proceso de extracción de la información culminó el 30 de septiembre, por lo que la defensa expuso que requería un tiempo adicional de 7 días para examinarla, lo que no afectaría el desarrollo de la audiencia preparatoria que estaba programada para continuarse el 6, 7, 8 y 17 de octubre de 2024.

El abogado sustentó la importancia de analizar la información, conforme a los derechos de defensa y contradicción del procesado.

La fiscalía y los apoderados de las víctimas se opusieron al aplazamiento, bajo el entendido que el defensor contaba, desde antes, con la copia espejo que el acusador le entregó. Por su parte, el Ministerio Público solicitó a la juez que hiciera un test de ponderación entre lo que implicaba, para el derecho a la defensa del acusado, aplazar la audiencia, para los fines que el actor planteó, y el continuar con la diligencia; planteó:

“58:10. Se puede determinar que no sería proporcionar una restricción al derecho de contradicción en tiempo razonables para la defensa, el cual se justifica así: es trascendental que la defensa pueda contar con el tiempo razonable que se solicita para preparar su estrategia de litigio”

La juez consideró que el descubrimiento probatorio de las dos evidencias (computador y celular), cuya finalidad era que el defensor conociera los elementos materiales de cargo, se concretó el 12 de septiembre de 2024 cuando la fiscalía le entregó la copia espejo, por lo que, si bien el abogado accedió a la fuente original hasta el 30 de septiembre, ya conocía los elementos de antes.

La accionada explicó:

“Así las cosas, desde ya, anuncia la instancia no va a acceder a la petición del señor defensor, por cuanto contrario a lo que considera el Ministerio Público que se debe culminar con ese descubrimiento, pues ya ese descubrimiento se realizó y se culminó desde el 12 de septiembre del año en curso, diferente es que el señor defensor quiera verificar que esa copia espejo sea ídem a la información que reposa en los elementos originales, pero ninguna vulneración se presenta para el acusado... esa información que reposa en esos elementos fue precisamente o la tiene en su poder el señor defensor desde el 12 de septiembre del año en curso, y lo único que restaría sería

verificar que se trate de una copia ídem a lo que reposa en los aparatos originales y que conociendo el señor defensor esa información que reposa conforme a la copia espejo que tiene, pues nada obsta para hacer su descubrimiento probatorio y delinear toda su estrategia defensiva”.

Conforme a lo anterior, la juez *-pese a la insistencia del defensor y del procesado en ejercicio de su derecho a la defensa material-* no accedió a la suspensión de la audiencia y le concedió el uso de la palabra a la defensa para que descubriera sus pruebas.

El apoderado judicial del actor le explicó a la juez que no podía hacer descubrimiento porque no conocía el contenido de las evidencias y, por ende, no podía anticiparse a *“qué puede o no hacer la defensa, cómo va a usar o no la defensa los elementos a su alcance”*, por lo que, manifestó, el no poder analizar los elementos vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa del procesado y el principio de igualdad de armas. Por esa razón, el abogado dejó claro que, en aras de no convalidar la actuación, no haría descubrimiento probatorio.

Como la juez consideró que el defensor no quiso descubrir pruebas, dio por cumplida esa etapa procesal y le concedió el uso de la palabra al fiscal para que enunciara las de cargo. Luego, hizo lo mismo con la defensa, quien reiteró la vulneración de garantías fundamentales del procesado; sin embargo, el juzgado acotó: *“No nos vamos a retrotraer, estamos en una etapa que ya sucedió, ya estamos en la enunciación y le conferí el uso de la palabra estrictamente para que proceda a hacer su enunciación de las pruebas”.*

Ante ello, el abogado dejó claro que no descubrió pruebas como estrategia defensiva pasiva, sino *“dadas las condiciones, en el sentido que se nos estaba negando la posibilidad de tener el acceso y la verificación de un elemento que la defensa considera absolutamente fundamental para su teoría del caso y se estaba forzando por parte de su señoría a continuar con el trámite del descubrimiento probatorio, con las consecuencias que ello trae para la defensa”.*

También dejó sentado que la necesidad de analizar las evidencias no devenía solo de controvertir la copia espejo que la fiscalía le entregó, sino de poder postular elementos de forma autónoma; es decir, de descubrirlos como prueba de descargo.

La juez; no obstante, decidió continuar con la diligencia.

En consecuencia, la defensa postuló que la actuación estaba viciada de nulidad y que quería elevar una petición al respecto. Ante eso, la accionada respondió: *“vamos a continuar con el acto procesal. Previo a finalizar la audiencia preparatoria, le concederé el uso de la palabra señor defensor, teniendo en cuenta que, pues todas las peticiones de nulidad se difieren para su resolución al momento de la sentencia, las que se generen con posterioridad a admitir con posterioridad al acto que ya tuvo lugar en este proceso, que es, precisamente, la audiencia de acusación, donde se hizo todo el trámite de saneamiento del proceso”*.

En ese orden, pese a la insistencia de la defensa técnica y material y al concepto del Ministerio Público, la audiencia continuó, dejando materialmente sin pruebas y, por ende, sin defensa ni contradicción al aquí accionante, pues como lo dejó sentado la accionada *“no iba a retrotraer la actuación”*. Y si bien posteriormente le dio la oportunidad a la defensa para que enunciara sus medios de prueba, el orden lógico de la audiencia preparatoria no permite enunciar lo que no se ha descubierto, so pena de que la contraparte solicite su rechazo.

ii. Del anterior recuento que se hizo con base en lo que obra en los audios de grabación de las audiencias del 6 de septiembre y 2 de octubre de 2024, para la sala emerge evidente que el defecto procedimental absoluto que el accionante postuló se materializó, por las siguientes razones:

Primera. El aplazamiento que la defensa pidió era razonable y estaba debidamente justificado. Máxime cuando i) la propia juez accionada lo había autorizado para que acudiera a la evidencia directa y ii) los 7 días solicitados estaban dentro de los tiempos en que se había programado la audiencia preparatoria, esto es, hasta el 17 de octubre.

La Corte Constitucional, de tiempo atrás, definió cómo se concreta o materializa el derecho de defensa. En sentencia C-025 de 2009 explicó que:

*“Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, **de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables**, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”*.

En ese orden, el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 -*que hace parte de lo relativo a los principios rectores y las garantías procesales*- dispone que, en el desarrollo de la actuación, el imputado⁹ tendrá derecho, **en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal**, a:

“i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer.

*“j) Solicitar, **conocer** y controvertir las pruebas”.*

Acorde con lo anterior, en providencia AP1663-2022, rad. 61276, la Corte Suprema de Justicia enfatizó:

“El derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, como de su texto se concluye, tiene como objetivo esencial, facilitar la preparación y/o construcción de la estrategia defensiva, involucrando así, dos elementos que la componen: (i.) el derecho al tiempo adecuado para la preparación de la defensa; y (ii.) el derecho a los medios adecuados para tal fin”.

En este caso, el accionante, desde el inicio de la audiencia preparatoria, informó a las partes e intervinientes que era su deseo no solo conocer la copia espejo que de las dos evidencias incautadas al testigo de la fiscalía le entregaría el acusador, sino, además, acceder a ellas de manera directa a través de la fuente original. Por eso, si bien el 12 de septiembre de 2024 el defensor accedió a lo primero, solo fue hasta el 30 de ese mes que logró la extracción completa de los elementos que se encontraban en poder de la Corte Suprema de Justicia.

La propia juez suspendió, en una primera oportunidad, la audiencia del 6 de septiembre de 2024 para que la defensa pudiera adelantar las dos actividades; no obstante, es claro, el descubrimiento probatorio no solo se materializa con el acceso a la evidencia física, sino que se debe dar la oportunidad a la parte interesada de analizarla, pues de ahí parte su estrategia en el proceso.

Por eso, resulta un contrasentido que, primero, la juez le otorgue un término adicional al defensor para obtener y analizar la copia espejo y la extracción directa de las evidencias -*principio de contradicción*-, pero, luego, en la audiencia del 2 de octubre de 2024 considere que con lo primero era suficiente y no le permita validar, cotejar, analizar lo que encontró en la fuente directa para confrontarlo con la copia

⁹ “... sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”, CC. Sentencia C 799 de 2005.

espejo que le trasladó su contraparte *-fiscalía-*, lo cual requería para hacer su propio descubrimiento probatorio.

No es posible, sobre la base del principio de buena fe, obligar al defensor a dar por cierto que lo que la fiscalía le entregó es exactamente igual a lo que estaba en poder de la corte, pues eso sería prescindir del principio de contradicción tan propio del sistema adversarial. Tanto así que el accionante informó que los archivos no corresponden entre sí, ya que hay diferencias sustanciales en el volumen, entre uno y otro.

Ahora, el apoderado judicial del tutelante dejó claro que el acceso a la fuente original no solo era con fines de contradicción *-frente a lo que fue descubierto por la fiscalía-*, sino que, además, lo requería para edificar su propio descubrimiento probatorio con base en su teoría del caso; misma que resulta desacertada suponer o anticipar, dado que el proceso recién se encuentra en audiencia preparatoria.

Por tanto, no resultaba viable suponer que los fines de la defensa frente a las dos evidencias, se enmarcaban en lo dispuesto en el artículo 415 del C de PP. No se podía interpretar bajo un criterio reduccionista, que se trataba de una simple prueba pericial, pues eso no fue postulado por el defensor.

Por el contrario, el principio de igualdad de oportunidades, implica *“que la fiscalía y la parte acusada acudan ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales”*. Lo ideal, entonces, es que aquel pueda materializarse en la actuación penal, sea quien sea el procesado (CC. Sentencia C 067 de 2021).

En la misma decisión, la Corte Constitucional explicó que ese principio se concreta en dos garantías: **i)** La posibilidad de que los actores cuenten con las mismas oportunidades para participar en el proceso y **ii)** La necesidad de que la defensa y la fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio. En concreto, se manifiesta, principalmente, en el descubrimiento probatorio.

Es claro, en situaciones como estas, que el acusador tuvo tiempo suficiente para acceder y analizar las evidencias que debe descubrir desde el escrito de acusación; por lo que lo mismo debe predicarse de la defensa *-en igualdad de oportunidades-*. Por ende, resulta desproporcionado impedirle al accionante que

analice y valore qué, de lo que obtuvo, le sirve para su estrategia defensiva, pues ello materializa el derecho al debido proceso.

Si el defensor no logra conocer oportunamente y de manera completa qué hay en el computador y en el celular a los que accedió de la fuente original y si la información coincide con lo que la fiscalía le entregó en la copia espejo *-que ya concluyó que no-*, pues no se puede, con base en el principio de buena fe, cercenarle o limitarle la posibilidad de oponerse al descubrimiento de cargo y, mucho menos, descubrir, de manera directa, lo que le puede servir en garantía del derecho de defensa del procesado.

Es cierto que en este caso están en pugna los derechos de defensa y contradicción del accionante con el principio de celeridad, ante una posible prescripción; sin embargo, so pretexto de agilizar el trámite no se pueden desconocer derechos o garantías fundamentales del procesado.

Ahora, pasar desapercibida la situación ocurrida, por no conceder un plazo adicional al defensor para que analizara las evidencias, cuando eso ni siquiera conllevaría alterar las fechas ya programadas de la audiencia preparatoria, podría acarrear una nulidad que afectaría no solo a la parte acusada, sino a las víctimas y a la administración de justicia. Por eso, la necesidad de adoptar medidas que garanticen los derechos y garantías de todas las partes e intervinientes y evitar incurrir en vicios que pueda invalidar la actuación.

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia explicó que *“La tensión entre este derecho, el debido cumplimiento de los términos legales y el principio de celeridad, debe resolverse bajo la premisa de acuerdo con la cual, algunos derechos (como el derecho de defensa y contradicción) pueden verse limitados, para garantizar intereses legítimos alternos, siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido y las limitaciones sean razonables y proporcionales”* (AP 1663-2022. Rad. 61276).

Para la sala, la limitación en que se incurrió en este caso, no resultó proporcional ni razonable, atendiendo que la consecuencia de no suspender la audiencia para garantizar el derecho a la defensa y contradicción del procesado, implicó que aquel no descubriera pruebas.

Segunda. Sobre el tema, es importante acotar que la decisión del defensor de no descubrir pruebas no obedeció, como la juez lo interpretó, a una estrategia

defensiva o dilatoria, sino a no convalidar un acto que consideró que vulneraba derechos y garantías fundamentales, sobre el cual quiso postular una petición de nulidad.

El apoderado judicial del accionante expuso que esa era la intención; es decir, cómo se le podía exigir que descubriera unas pruebas cuyo contenido no conocía porque no tuvo acceso a ellas de manera completa y directa, sino hasta el 30 de septiembre de 2024. Cómo se le podía exigir, con base en el principio de buena fe, que descubriera los elementos con base en la copia espejo que le entregó su acusador, cuando, entre otras cosas, lo que quiso fue cerciorarse de que las imágenes forenses originales coincidieran con lo entregado por la fiscalía.

La decisión de la juez de continuar la audiencia preparatoria y dar por sentado que el defensor no quiso descubrir pruebas, pese a la explicación de la defensa técnica y material al respecto, no resultó ajustada al debido proceso probatorio y, con ella, cercenó lo dispuesto en el mencionado artículo 8° del C de PP.

No resulta, entonces, proporcional limitar el plazo razonable para preparar la defensa bajo suposiciones; por ejemplo, que la copia espejo era idéntica al contenido de la fuente original o que la defensa podía hacer uso de lo dispuesto en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004.

Tercera. Es cierto que la ley prevé oportunidades para invocar nulidades; sin embargo, ello no obsta para que el interesado o posible afectado no pueda hacerlo en otras, con el fin de sanear el proceso.

En providencia AP1663 de 2022, rad. 61276 (reiterada en la AP441-2024. Rad. 64408), la Corte Suprema de Justicia explicó que la Ley 906 de 2004 prevé expresamente solo dos momentos para la proposición de nulidades: la audiencia de formulación de acusación (artículo 339, inciso 1) y la sustentación del recurso extraordinario de casación (artículo 181.2).

Que, en la primera, se ventilarán aquellas actuaciones ocurridas con anterioridad a este segmento procesal, sin que eso quiera decir *“que con posterioridad a la formulación de la acusación y antes de la sentencia, el juez pueda decretar la medida correctiva extrema, en aquellos casos en que resulte imperativo sanear el proceso. Interpretación que se fundamenta en los deberes específicos que les impone a los jueces el artículo 139 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal de 2004 (corregir actos irregulares)*

y aquellos **generales** de todo servidor judicial consagrados en el artículo 138, numerales 2 y 5 *ibidem* (2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso y 5. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal)."

La corte enseñó que, en principio, la declaratoria de nulidad ha de operar -incluso con intervención oficiosa-, consecuente a la manifestación del vicio invalidatorio, en tanto carecería de sentido continuar con la tramitación del proceso apenas porque formalmente se establecen etapas específicas, aun conociendo que lo adelantado con posterioridad, también sería objeto de anulación.

Lo oportuno, entonces, "es que el saneamiento opere inmediato, "dada no solo la naturaleza de la nulidad, sino caros principios de eficacia y economía"". Por tanto, el alto tribunal adujo, el juez de la audiencia debe ponderar si el asunto amerita una decisión inmediata y existe necesidad de ello, o, por el contrario, teniendo en cuenta la irregularidad denunciada, su resolución en la sentencia no afectaría el trámite procesal que resta por adelantar.

En este caso, la juez consideró que dejaría plantear, a la defensa, la nulidad al final de la audiencia preparatoria *-es decir, cuando la oportunidad para el descubrimiento probatorio ya hubiera precluido-* y que adoptaría la decisión, al respecto, en la sentencia. Para la sala, eso atenta contra los principios mencionados *-de eficacia y economía procesal-* ya que, de prosperar la causal, por situaciones que debieron decantarse en la mencionada diligencia, se anularía toda la actuación, incluido el juicio.

La juez pudo permitirle al defensor sustentar la nulidad y adoptar la decisión que correspondiera mediante un auto susceptible de recursos; eso hubiera evitado la acción de tutela que ocupa la atención de la sala.

4.7.3. En virtud de lo expuesto, el tribunal accederá al amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción de **Álvaro Uribe Vélez.**

Sin embargo, el tribunal para acceder al plazo solicitado por el defensor a la juez *-que era de siete días-* tendrá en cuenta que la petición se planteó el 2 de octubre de 2024, por lo que desde esa fecha hasta la de emisión de la sentencia de

tutela han transcurrido más de 10 días; es decir, más de los que pidió el defensor en la demanda de tutela.

Por ende, dentro de las 48 siguientes a la notificación esta decisión, la accionada programará la continuación de la audiencia preparatoria, en la cual concederá a la defensa la oportunidad de descubrir, enunciar y solicitar los medios de prueba con los que soportará su teoría del caso; así como de oponerse a las que solicitó la fiscalía.

Pierde razón de ser que el tribunal se pronuncie frente a la solicitud de nulidad de las actuaciones que la juez ya adelantó, dado que con las órdenes que se emitirán quedan satisfechos los derechos fundamentales cuya protección fue solicitada en la tutela.

4.8. Cuestión final:

Frente al memorial que la sala recibió, suscrito por Ricardo Miranda Montoya, persona que no fue vinculada al trámite constitucional, lo cierto es que no se deducen situaciones que den lugar a emitir órdenes contra la accionada o alguno de los vinculados. No obstante, se le indica al mencionado que, de tener inconformidades con las actuaciones de las autoridades judiciales, podrá ventilarlas a través de los medios previstos para ello, incluido, si es del caso, la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

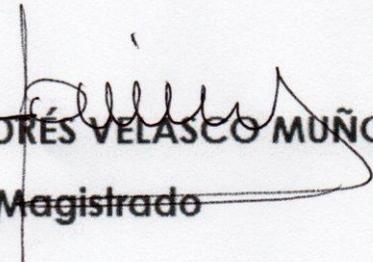
Primero. Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción de **Álvaro Uribe Vélez**.

Segundo. En consecuencia, **ordenar** a la juez 44 penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe la continuación de la audiencia preparatoria, en la cual concederá a la defensa la oportunidad de descubrir, enunciar y solicitar los medios de prueba con los que soportará su teoría

del caso; así como de oponerse a las que solicitó la fiscalía, conforme con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

Tercero. Si no fuere apelada esta sentencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 del Decreto 2591 de 1991).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ
Magistrado



MARCELA MÁRQUEZ RODRÍGUEZ
Magistrada



ALEJANDRA ARDILA POLO
MAGISTRADA