

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP9663 -2018

Radicación n.º 99348

(Aprobado Acta No.237)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas N° 3, la acción interpuesta por Nelson Moreno Calderón, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con ocasión de la decisión proferida el 15 de mayo de 2017. Fueron vinculados como terceros con interés el Juzgado 65 Penal Municipal en función de control de garantías de Bogotá, Juzgado 8 Penal del Circuito de Bogotá y las Fiscalías y demás autoridades, partes e intervinientes dentro del proceso penal radicado bajo el número 10016000721201500073.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Nelson Moreno Calderón, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, los cuales considera le fueron vulnerados

con la decisión proferida el 15 de mayo de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que confirmó la del 9 de febrero de 2018, del Juzgado 8 Penal del Circuito de Bogotá.

A partir del fallo que se censura y de la solicitud de amparo, se encuentran los siguientes hechos relevantes:

Según el escrito de acusación, los hechos a los que alude el presente proceso tuvieron ocurrencia a inicios del año 2013, en el tercer piso del inmueble ubicado en la calle 22 H No. 102-38, barrio Fontibón de esta ciudad, cuando la menor L.T.M.R., de 13 años de edad, se encontraba sola y fue sorprendida por NELSON MORENO CALDERÓN, empleado de un establecimiento comercial que funcionaba en el primer piso de dicho lugar y quien diariamente subía a utilizar el baño ubicado en el segundo piso, pero aquel día ascendió hasta el tercer nivel, so pretexto de regalarle una chocolatina a la menor, a quién tomó a la fuerza, la llevó a un cuarto y la accedió carnalmente, inicialmente sobre una mesa y luego en una cama, amenazándola finalmente con que “si contaba lo sucedido, su papá pagaría las consecuencias”.

Tiempo después, la menor le contó todo a su madre, por lo que aquella acudió ante las autoridades y con fundamento en la anterior atribución delictiva se le formuló imputación a NELSON MORENO CALDERÓN, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, comportamiento de que tratan los artículos 208 y 211 numeral 2 del Código Penal, vale decir, por la autoridad que ejercía el acusado frente a la menor, cargos que no aceptó y respecto de los cuales no se le impuso ninguna medida preventiva.

Presentado el escrito de acusación y adelantada a cabalidad la fase de juicio, finalmente se anunció el sentido de fallo como de carácter condenatorio y la emisión de la sentencia de rigor, determinación que al ser impugnada por la defensa suscita el conocimiento por parte de este Tribunal¹.

Del escrito de tutela se extrae:

Los hechos que dieron origen a la presente investigación tuvieron presunta y supuesta ocurrencia en la ciudad de Bogotá, En el mes de Mayo del año 2013, según denuncia radicada el 15 de febrero de 2015, supuestamente sobre la calle 22 H No, 102-38. Fontibón Santander., cuando laboraba en una empresa que se dedicaba al alquiler de lavadoras en compañía de otros trabajadores; y la menor presuntamente afectada vivía en un 4 piso en arriendo con su padre.

El 20 de diciembre de 2016, ante el Juzgado sesenta y cinco (65) penal Municipal en Función de control de Garantías de la ciudad de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación, comunicándole por parte de la Fiscalía Seccional de delitos sexuales de esta ciudad, al señor, NELSON MORENO CALDERON, los cargos por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO Agravado en la modalidad de autor, de la que funge como víctima la señorita Tabana, momento para el cual el imputado manifiesto no aceptar los cargos. Por ser inocente.

En virtud de lo anterior, el 16 de marzo del año 2017., la Fiscalía de conocimiento, presento escrito de acusación, documento en el que relaciono entre otras las siguientes pruebas en los numerales 9 y 10 los siguientes informes:

9. PENDIENTE.

PENDIENTE INFORME DE PLENA IDENTIDAD DEL INDICIADO, TENIENDO EN CUENTA QUE A LA FECHA NO SE HA ALLEGADO EL MISMO, SE DESCUBRIRAN DE ACUERDO A LO NORMADO EN EL ARTICULO 405 Y SIGUIENTES DEL C.P.P., ESTO ES 5 DIAS ANTES DEL JUICIO O CUANDO LO OBTENGA.

10. PENDIENTE.

PENDIENTE INFORME DEL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS REALIZADO A LA VICTIMA Y SU FAMILIA, TENIENDO EN CUENTA QUE A LA FECHA NO SE HA ALLEGADO EL MISMO, SE DESCUBRIRA DE ACUERDO A LO NORMADO EN EL ARTICULO 405 Y SIGUIENTES DEL C.P.P., ESTO ES 5 DIAS ANTES DEL JUICIO O CUANTO LO OBTENGA.

Obsérvese que dentro del escrito de acusación, la Fiscal no relaciona ni describe como prueba; VALORACION PSICOLOGICA A LA VICTIMA.

-AUDIENCIA DE FORMULACION DE ACUSACION.

La Audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el día 11 de Julio de 2017; dentro del curso de dicha Audiencia se solicitó a la Fiscal de Conocimiento efectuar las respectivas correcciones, teniendo en cuenta que el artículo que hace mención a la entrega de informes 5 días antes de iniciar el juicio, es el artículo 415 del C.P.P., y no el 405 de la misma norma.

Posteriormente y en el despacho de la Fiscalía de conocimiento, mi apoderado solicito los elementos materiales de prueba descritos en el Escrito de Acusación, procediendo el asistente de la Fiscal a hacer entrega de los mismos; a excepción de las pruebas relacionados en el numeral 9 y 10 del escrito de acusación.

-AUDIENCIA PREPARATORIA.

La Audiencia Preparatoria fue realizada el día 18 de Septiembre de 2017, en donde se le informo las pruebas pendientes por entregar, y que además el CD aportado no se había podido verificar, no abrió, razón por lo que la Fiscal de Conocimiento se comprometió en prestar el CD original para que se pudiera tener acceso al contenido, debido a que el formato en que se encontraba no es compatible con los formatos de sistema comunes y corrientes, situación que no se pudo efectuar, pues la Fiscalía nunca presto el CD ni se tuvo conocimiento del contenido y de lo que allí se encontraba grabado.

Por parte de la Fiscalía el Juzgado de Conocimiento Decreto las siguientes pruebas: -MENOR VICTIMA L.T.M.R. -TILCIA ROJAS SUAREZ.

-LIZETH ANGELICA CASALALS LIZARAZO (Condicionado). -ADRIANA PATRICIA ROJAS RODRIGUEZ. Incorpora informe técnico médico legal sexológico. -EDNA IDALI MORENO MORA.

Incorpora entrevista forense y un CD contentivo de la misma, que se reproducirá en Audiencia.

En esta Audiencia no se hizo entrega de las pruebas pendientes en los numerales 9 y 10 del escrito de acusación, como tampoco se observa que la Fiscal haya solicitado la prueba VALORACION PSICOLOGICA A LA VICTIMA., menos que esta prueba haya sido decretada por el Juez de conocimiento. Como tampoco dentro del anunciamiento de las pruebas, menciono la que se encontraba relacionada en el escrito de acusación en el numeral 8. Dra, DIANA MILDRED GONZALEZ, Defensora de Familia., la cual tenía por OBJETO Restablecer Derechos de la Victima., Prueba que no fue ordenada v decretada por la Juez de conocimiento en la Audiencia Preparatoria.

-AUDIENCIA DE JUICIO ORAL.

La Audiencia de Juicio Oral inició el día 7 de noviembre de 2017, aclarando que la Fiscal de conocimiento no hizo entrega de la fotocopia de las pruebas pendientes, enumeradas en los numerales 8 y 9 del escrito de acusación, a pesar de haber informado que con respaldo en el artículo 415 del C.P.P., lo haría dentro de los cinco (5) días antes de iniciar el juicio., cosa que así nunca sucedió.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES y TERCEROS ACCIONADoS Y VINCULADoS

1. Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: Mediante respuesta suscrita por el Magistrado Ponente en el acto censurado, ese Tribunal allegó copia del fallo del 15 de mayo de 2018 e indicó que en el mismo se encontraban los fundamentos de su decisión.²

2. Juzgado 65 Penal Municipal en función de control de garantías de Bogotá, manifestó que se debía declarar la improcedencia de la presente acción de tutela con respecto de su Despacho, toda vez que efectivamente adelantó la imputación de los cargos, pero la decisión que se ataca no es de su competencia.³

3. La Fiscalía 235 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, remitió su contestación a la tutela, afirmando que todas las actuaciones realizadas dentro del proceso penal de la referencia en contra del señor Moreno Calderón, se realizaron dentro del margen de la ley, actuaciones que superaron la primera y segunda instancia, sin advertir por la defensa del procesado irregularidad alguna.⁴

4. El apoderado del señor Nelson Moreno, básicamente presentó idénticos argumentos a los esgrimidos en el escrito de tutela.⁵

5. La Procuradora 240 Judicial I Penal, dio respuesta, señalando que frente a los reparos planteados al descubrimiento probatorio que hizo la Fiscalía, no hubo ninguna crítica por parte de la defensa del señor Moreno Calderón dentro de la

audiencia preparatoria, oportunidad procesal que resulta idónea para este tipo de debates en atención a lo establecido en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal. Asimismo manifestó que no es cierto que se hayan practicado unas pruebas que no habían sido determinadas, toda vez que las mismas sí habían sido decretadas por el Juez de conocimiento. Finalmente desvirtúa que se haya decretado o incorporada la mencionada prueba psicológica.⁶

6. Juzgado 8 Penal del Circuito de Bogotá, hizo un recuento del actuar procesal y presentó los argumentos por los cuales resulta improcedente el amparo tutelar, señalando que el accionante contó con los instrumentos en la vía ordinaria para materializar oportuna y efectivamente sus derechos. Adicionalmente manifestó que no hay vulneración a derechos fundamentales por lo que tampoco resultaría procedente que se concediera el amparo.

Las demás Autoridades y partes vinculadas guardaron silencio.

DEL FALLO CENSURADO

La presente acción se erige contra la decisión del 15 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que básicamente señaló que del conjunto probatorio claramente se acreditan los extremos de materialidad delictiva y de responsabilidad penal en cabeza del procesado, por lo que se decidió confirmar la decisión del 8 de febrero de 2018 que condenó al accionante.

DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Frente a la anterior decisión es que el accionante acude mediante amparo de tutela para que sean protegidos sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de

justicia. En su escrito solicita que se tenga en cuenta que la sentencia que hoy pido Tutelar a mi favor, contraria de forma directa el ordenamiento jurídico vigente, pues hizo una apreciación errónea a las reglas de la carga de la prueba, debido a que no tuvo en cuenta de forma integral todo el acervo probatorio presentado y practicado en el Juicio Oral, dentro del cual la Juez de conocimiento permitió que la Fiscal de Conocimiento presentara pruebas sin hacer el traslado debido a la DEFENSA del procesado, para su estudio y valoración de una adecuada defensa técnica; y el JUEZ DE CONOCIMIENTO permitió que se practicasen pruebas NO DECRETADAS POR EL EN AUDIENCIA PREPARATORIA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la solicitud de amparo invocada por Nelson Moreno Calderón, mediante apoderado judicial, contra la contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con ocasión de la decisión proferida el 15 de mayo de 2018, que confirmó la condena del accionante.

Sobre el particular, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en determinar si con la providencia que confirmó la condena del aquí tutelante, emitida dentro del proceso penal referido, se vulneran los derechos al debido proceso y a la administración de justicia y por ende debe concederse el amparo invocado.

Para resolverlo, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre los criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, y luego verificará si los mismos se presentan en este caso.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Por otra parte, como ha sido recurrentemente recordado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias

judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales de la accionante.

e. Que la accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta».

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁷ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

e. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [8].

h. Violación directa de la Constitución.

Queda entonces claro que en atención a la fuerza normativa de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial, la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se dirige a cuestionar una decisión judicial, tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente enunciados. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Análisis del caso concreto.

En el caso bajo examen, a partir de los criterios presentados y de la revisión de las pruebas obrantes, se constata que efectivamente la solicitud de amparo no cumple con el requisito general de subsidiariedad, comoquiera que en el proceso penal adelantado contra el accionante, las censuras contra las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de esta misma ciudad, debieron ser definidas en la vía ordinaria, mediante los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico y por el juez natural, esto es, debatiendo las pruebas que el defensor no tachó, en las audiencias establecidas para tal fin, como lo señalado en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal.

Coincide con lo advertido por esta Sala, lo manifestado por el Juez 8 Penal de Circuito y con el Procurador 240, último quien señaló que las demás manifestaciones realizadas en el escrito de tutela referentes a la valoración probatoria, resultan inadecuadas, atendiendo que estas inconformidades se debieron exteriorizar a través de los recursos pertinentes consagrados en la legislación procesal penal.

Por lo anterior resulta improcedente la acción de tutela instaurada atendiendo el principio de subsidiariedad de la misma y más aún cuando resulta claro que lo que se pretende es revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico⁹.

De esta manera, no solo se encuentra que las críticas al material probatorio debieron haber sido discutidas en el interior del mismo tránsito penal, lo cual no se hizo por parte del defensor del procesado, sino que tampoco hay evidencia de que se haya presentado el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia aquí censurada, por lo que no puede pretenderse, por esta vía constitucional, reemplazar y subsanar las etapas procesales a las cuales se pretermitió acudir.

La Sala ha precisado que la acción de tutela no fue diseñada con miras a reemplazar al juez

competente, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante contaba con otro medio judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales que considera le han sido vulnerados.¹⁰

Tal exigencia, sólo admite excepción en el evento que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, pues de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas, propiciando así, un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que no se alcanza el requisito de subsidiariedad que se exige para la procedencia de la acción de tutela, la decisión que le corresponde a esta Sala es la de declarar improcedente el amparo solicitado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por Nelson Moreno Calderón, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión de la decisión proferida el 15 de mayo de 2018.

2. NOTIFICAR a los sujetos procesales por el medio más expedito el presente fallo,

informándoles que puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes, contados a partir de su notificación.

3. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 27.

2 Folios 26 a 32.

3 Folio 34.

4 Folio 36.

5 Folios 37 y 38.

6 Folio 40.

7 Ídem. Sentencia T-522 de 2001.

8 «Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.»

9 Folio 40 - reverso.

10 Cfr. CSJ SCP STP18345-2017, 31 oct 2017, Rad. 94871; STP21888-2017, 12 Dic 2017, Rad. 95867; entre otros.