

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP1066-2020

Radicación n° 108603

Acta

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por Miguel Ángel Afanador Ulloa, contra el fallo proferido el 26 de noviembre de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual, declaró improcedente el amparo del derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

I. HECHOS Y FUNDAMENTOS

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y la pretensión del demandante, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, de la forma como sigue:

MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA reseñó que viene siendo procesado por la presunta comisión del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de los que se aduce

fue víctima su hija I.A.C. por la denuncia que formuló la madre de aquella Ludivia Cañón Cendales.

Así es como no ha vuelto a tener contacto con la menor desde septiembre 8 de 2014, debido a lo expresado por defensoras de familia del ICBF y a lo ordenado por una juez de familia de Bogotá.

Refiere que el proceso penal en su contra es impulsado por la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad CAIVAS adscrita a la Dirección Seccional de Fiscalías de Seguridad Ciudadana de Bogotá y adelantado el juzgamiento por el Juzgado 1º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga.

Trámite que genera su inconformidad pues en el curso de la audiencia preparatoria en agosto 12 del presente año, el ente acusador elevó como solicitud probatoria la práctica del testimonio de la menor, así como la introducción de la entrevista forense que se le tomó a esta.

Empero, se defensor se opuso a que fuera escuchada la menor víctima, en la medida que se pretendía introducir igualmente la entrevista forense, situación que no ameritaba que aquella fuera escuchada pues de esta forma sería revictimizada, sin embargo, en la decisión adoptada en noviembre 5 se ordenó la práctica de ambos medios suarios.

Por ello su defensor, interpuso el recurso de reposición, sin que la juez de conocimiento reconsiderara su postura, aduciendo que como el asunto relativo a la revictimización y la protección de los derechos de la menor no fueron presentados en la oposición inicial no podían aducirse con posterioridad, situación sobre la que solo se permitió presentar el recurso horizontal.

Así deprecia que se protejan los derechos de su menor hija en la medida que considera que dicha prueba es ilícita, pues de esta forma se vería expuesta en público ante terceros

extraños en un escenario hostil, sometida a un interrogatorio cruzado para explorar su intimidad con grave afectación a su pudor, dignidad y formación sexual. Prueba que además resulta inocua por el trascurso del tiempo que ha pasado entre la supuesta ocurrencia de los hechos punibles, aspecto que compromete la veracidad del relato de la menor por los efectos naturales del olvido y la imprecisión fáctica en que pueda incurrir.

De igual manera informa, que ha sido sometida múltiples entrevistas de forma reiterativa a lo largo de la investigación con fines forenses y psicoterapéuticos, tal como se desprende de la relación e informes que anexa a su demanda constitucional en medio magnético, las cuales han sido realizadas por el CTI, el Instituto de Medicina Legal de Bucaramanga y Bogotá, ICBF de Bucaramanga y Bogotá, la Clínica San Luis, la Asociación Creemos en ti, la Fundación Homi – Hospital y Corvesalud Ips.

Por lo que someterla nuevamente a un interrogatorio, el que además será conforme a las reglas previstas en el sistema penal acusatorio, luego de cinco años y con posterioridad a haber rendido múltiples entrevistas entre 2014 a 2017, lo considera un verdadero maltrato infantil, que desconoce que su descendiente es un sujeto de protección reforzada, aspecto al que suma precisamente que la jurisprudencia internacional lo que quiere evitar es su revictimización, así como surge factible y posible llevar al conocimiento de la falladora de los supuestos hechos acontecidos a través de las múltiples expertos que la han entrevistado, permiten fundamentar su pretensión y la protección invocada, pues en realidad su menor hija I.A.C. no es un objeto sino un sujeto que merece especial protección constitucional.

De allí deduce, que se vienen vulnerando los derechos fundamentales de su menor hija y en virtud de ello depreca se amparen los mismos y en su lugar se excluya de la práctica probatoria en el juicio oral que cursa en su contra el testimonio de aquella.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia

de 26 de noviembre de 2019, denegó por improcedente la presente tutela, tras estimar que, en términos generales, no se satisface el requisito de la subsidiariedad, pues el defensor no interpuso recurso alguno en contra de la determinación por medio de la cual se negó su pretensión de inadmisión del testimonio de la víctima.

Además de ello, indicó que no hubo afectación del debido proceso, en no haberse concedido apelación para discutir sobre el decreto probatorio, pues en contra de la determinación de acceder a una prueba no es posible promover la alzada. Con todo, manifestó que el interesado contaba con la posibilidad de interponer recurso de queja.

De cara al tema de la revictimización de la menor, consideró que no era procedente debatir una decisión judicial en sede de tutela, máxime cuando la jurisprudencia ha habilitado la posibilidad de que un menor rinda testimonio, siempre y cuando se respeten parámetros de ponderación.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el accionante, quien reiteró los argumentos que nutrieron el libelo introductorio.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre el recurso interpuesto, en tanto lo es en relación con la sentencia adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

En el asunto bajo estudio, el problema jurídico se contrae a resolver la impugnación presentada por Miguel Ángel Afanador Ulloa, contra el fallo proferido el 26 de noviembre de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante

el cual, declaró improcedente el amparo del derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad.

A juicio del accionante, al interior del proceso penal seguido en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se afectan los derechos de su hija, presunta víctima en ese asunto, al decretarse su testimonio, siendo que dicha circunstancia representaría un escenario re-victimizante para ella.

En ese contexto, conviene recordar que en relación con las reglas generales aplicables cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier delito, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en Sentencia SP-3332, 16 Mar. 2016, Rad. 43.866, explicó:

En Colombia se han emitido varias normas orientadas a proteger los intereses de los niños que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas y/o testigos. Esta normatividad, según se indicó, debe interpretarse a la luz de lo establecido en los tratados internacionales orientados a proteger a los niños, niñas y adolescentes, tal y como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, y, además, deben considerarse los derechos de los acusados, tanto los previstos en el ordenamiento interno como los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (C-537 de 2006).

En la Ley 1098 de 2006 se hace hincapié en la prelación que debe dársele a este tipo de casos para lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, así como en la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar que sean nuevamente victimizados (Arts. 192 y siguientes).

Entre las medidas que deben adoptarse para evitar la “victimización secundaria”, se tienen: (i) procurar que el menor esté acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; (ii) ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas

y/o testigos de delitos y de su familia; (iii) evitar que la víctima esté frente a frente con el agresor; (iv) disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad; y (v) se podrá limitar la publicidad de la actuación.

De otro lado, el artículo 150 establece las reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan: (i) los niños, niñas y adolescentes (NNA) pueden ser citados como testigos en los procesos penales; (ii) su declaración sólo podrá ser tomada por el defensor de familia, a partir del cuestionario remitido previamente por el fiscal o el juez; (iii) la defensa podrá realizar el interrogatorio, siempre y cuando no contravenga el interés superior del menor; (iv) el NNA no tendrá contacto directo con el acusado, y (v) a discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos.

Frente a esta reglamentación caben las siguientes precisiones: (i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia; (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, (v) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En este asunto, se verifica que la Juez Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga, en la audiencia de 5 de noviembre de 2019, al momento de pronunciarse sobre la petición concreta de la defensa, dirigida la inadmisión del testimonio de la víctima, negó esa solicitud y expresó que dicha testificación se haría bajo los parámetros que se acaban de señalar.

Ello es así, pues manifestó que la declaración de la infante se haría en cámara gesell en la

ciudad de Bogotá, a través de cuestionarios previamente dados a los defensores de familia, con preguntas entregadas por las partes, permitiendo a los intervinientes el acceso a la misma a través de los medios electrónicos que garanticen la inmediación de la prueba.

Esta Sala no advierte que las reglas fijadas por la jurisprudencia y la ley se adviertan en riesgo de ser quebrantadas. Con todo, es al Juez de Conocimiento, en su condición de garante tanto de la legalidad del proceso como de los derechos que le asisten a las partes e intervinientes (entre este último grupo la víctima), a quien le corresponde adoptar las medidas pertinentes y necesarias para evitar la «victimización» que alega el demandante.

Así las cosas, el hecho de haber decretado el testimonio de la víctima, no es razón suficiente para predicar la violación de sus derechos, pues la misma ley en su artículo 150 de la Ley 1098 de 2006¹ antes que prohibirlo, fija las pautas para su recepción. Mismas que deberán tenerse en cuenta en este asunto: (i) procurar que el menor esté acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; (ii) ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia; (iii) evitar que la víctima esté frente a frente con el agresor; (iv) disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad; y (v) se podrá limitar la publicidad de la actuación.

Además de ello, la falta de vocación de prosperidad se acentúa si, como lo indicó el A quo, el actor no acudió al recurso que tenía a su alcance para debatir la decisión que le era, a su juicio, perjudicial.

Consecuencialmente, la Sala confirmará el amparo solicitado, al verificarse ajustada a derecho la decisión adoptada por el Tribunal A quo, cuando negó el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Decisión Penal de Tutelas

No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo recurrido por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre

respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.