

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP4042-2020

Radicación n.º 109873

(Aprobado Acta n.º 97)

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela presentada por Hanner Darío Herrera en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior y el Juzgado 5º Penal del Circuito con funciones de conocimiento, ambos de Cúcuta, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Al presente trámite fueron vinculados las partes e intervinientes dentro del proceso penal seguido en adversidad del accionante [radicado 540016001237201000133001.

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

1.1. De acuerdo con la información obrante en el expediente se tiene que el 10 de septiembre de 2019 el Juzgado 5º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta condenó a Hanner Darío Herrera, a 144 meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años. Asimismo, le negó la suspensión condicional de la

ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1.2. Contra esa determinación el defensor del sentenciado interpuso recurso de apelación y el 13 de enero de 2020 la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad la confirmó.

Contra esa determinación no se interpuso recurso extraordinario de casación.

1.3. Inconformes con lo anterior, Herrera presentó acción de tutela contra las referidas autoridades judiciales por la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Adujo que los accionados dejaron de analizar el segundo testimonio de la víctima menor de edad, “quien se retracta en una segunda oportunidad a través de cámara gessel en presencia de la psicóloga de entrevista, manifestando libre y espontáneamente que ella había mentido y que lo único que quería, era que su madre se separa [sic] del señor DARÍO, por lo tanto señor JUEZ la Sala Penal, permitió el exclusión [sic] de la prueba desconociendo que ante la retractación de la menor MDMR, el señor DARÍO le pertenecía por derecho la duda, duda que permitirá estar a favor y contemplar el principio de in dubio pro reo, ante toda duda o confusión”.

2. Las respuestas

2.1. El Oficial Mayor del Juzgado 5º Penal del Circuito de Cúcuta resumió las principales actuaciones e indicó que el proceso seguido en adversidad del accionante fue remitido a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad.

2.2. El Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior de la capital de Norte de Santander, resaltó que mediante providencia del 13 de enero de 2020 ratificó la sentencia condenatoria impuesta en contra del actor por la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Aseguró que en dicho proveído se respetó el derecho al debido proceso del interesado, sin que se puede predicar la conculcación de sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

1. El asunto planteado

Corresponde a la Sala determinar si los accionados vulneraron los derechos al debido proceso y a la defensa de Hanner Darío Herrera, dentro del proceso penal en el que resultó condenado por el punible de actos sexuales con menor de 14 años.

Para resolver, previamente verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción de tutela.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial³.

Sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional en sentencia CC T-016-2019, indicó:

Atendiendo al diseño constitucional previsto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, lo que significa que su procedencia se encuentra condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”⁴. En ese sentido, en principio, le corresponde al interesado agotar todos los medios judiciales ordinarios y extraordinarios que tenga al alcance para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, como requisito previo para acudir al mecanismo de amparo constitucional.

No obstante, el mismo mandato constitucional, en concordancia con lo previsto en el artículo sexto, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991, establece excepciones a dicha regla, en el sentido de considerar que la acción de tutela será procedente aunque el afectado cuente con otro medio de defensa (i) cuando la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o, (ii) cuando, en correspondencia con la situación fáctica bajo análisis, se pueda establecer que los recursos judiciales no son idóneos ni eficaces para superar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados.⁵

4.3. En ese contexto, tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional verificar de forma exhaustiva que la parte accionante agotó “(...) todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a su alcance (...)”⁶, de manera que, solo es posible erigir la tutela como mecanismo principal, cuando el actor acredite la consumación de un perjuicio irremediable o se verifique la falta de idoneidad o eficacia de los recursos ordinarios de defensa, circunstancias que adquieren cierto grado de flexibilidad frente a sujetos de especial protección constitucional.

2.2. Hanner Darío Herrera se encuentra inconforme con las decisiones emitidas por los despachos judiciales accionados dentro del proceso seguido en su contra por el delito de

actos sexuales con menor de 14 años.

Al respecto, la Corte considera que aquél ha debido plantear sus reparos a través del recurso extraordinario de casación, del cual no hizo uso, por lo que desechó la herramienta jurídica a su alcance y perdió la oportunidad procesal idónea para discutir lo pretendido.

Entonces, como quiera que la tutela no tiene por objeto suplantar los mecanismos de defensa judicial ordinarios de los interesados y sólo puede ser pedida una vez agotados todos ellos, es claro que no está cumplido el principio de subsidiaridad que la rige y, por ende, es improcedente.

2.3. Al margen de lo anterior, la Sala estima que contrario a lo señalado por Hanner Darío Herrera, las autoridades judiciales accionadas valoraron las pruebas obrantes en el expediente, al punto de concluir en sede de primera y segunda instancia, que es responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años. Al respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, en sentencia del 13 de enero de 2020, refirió:

[...] Del análisis integral del testimonio de la menor MDMR, que constituye prueba directa, encuentra la Sala que la retractación efectuada carece de poder suasorio alguno para desacreditar la verosimilitud del relato realizado en la entrevista del 11 de agosto de 2010 -información que de igual manera ingresó de manera directa dentro del interrogatorio-.

En efecto, la narración esbozada por el infante en los actos de investigación se muestra hilada, concreta, descriptiva, lógica y coherente, que si bien no refirió fechas exactas, logró enmarcar el móvil del acusado para ejecutar su conducta, el miedo que le generaba la posible separación con su progenitora, e incluso, señales particulares propias de una escena de agresión sexual, y es que advierte que el procesado procuraba espacios para quedarse a solas con la infante, se encerraba en el cuarto con la víctima para tocarle la vagina y satisfacer su libido, tal como lo expone la menor quien agrega como detalle particular, que el procesado después de los eventos succionaba los falanges con la que ejecutaba los actos

sexuales.

[...]

Aunado al sentimiento de incomodidad que expresó la niña y evidenció la señora Shirley Ruidiaz, tan así que ante el abordaje de carácter erótico sexual que le hizo el procesado, en un punto trató de revelar lo sucedido a sus demás familiares, tal y como lo expusieron en el juicio todos los testigos, es decir, que a pesar de la escasa formación tuvo claro que la exposición sexual de que fue sujeto no era propia para su edad, lo que representa que la revelación tiene respaldo afectivo, siendo ello demostrativo de la veracidad de lo acaecido.

[...]

Como puede observarse, del examen conjunto de estos elementos, se extrae a situación fáctica expuesta con anterioridad por la infante a otras personas y profesionales, y esta lleva a respaldar como creíble la versión ofrecida por la menor en cada una de sus salidas procesales ante del juicio oral y público.

En conclusión, las versiones de la niña rendidas antes [d]el juicio oral y demás pruebas recaudadas en el juicio oral, en especial lo expuesto por la señora Shirley Paola Ruidiaz Florian, llevan al Tribunal a considerar probado el abordaje sexual de que fue víctima la menor, puesto que, la valoración conjunta y crítica de la prueba vertida en autos, demuestra convicción más allá de duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado Hanner Darío Herrera en su ejecución.

[...]

Por tanto, son totalmente inanes las críticas respecto la falta de hallazgos forenses para demostrar penetración anal o vaginal, pues se reitera los cargos que se endilgan se relaci[onan] con actos sexuales abusivos, hechos que se comprobaron con los testigos que

acudieron al juicio y demás medios probatorios incorporados.

Por supuesto, no significa lo anterior que se logran todos los detalles del suceso y los demás abordajes sexuales que sufrió la víctima, incluso para solicitar por parte de la fiscalía una mayor sanción punitiva, pero las circunstancias faltantes no son de tal entidad que distorsionen la anterior conclusión.

Así las cosas, en las sentencias de instancia, los accionados valoraron todas las pruebas obrantes en el expediente –incluida la manifestación de retractación de la víctima–, luego de lo cual concluyeron que Hanner Darío Herrera es responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, sin que ello pueda ser considerado un actuar trasgresor de los derechos fundamentales del accionante.

Por las anteriores consideraciones, se declarará improcedente el amparo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar improcedente la tutela instaurada por Hanner Darío Herrera.

Segundo. Ordenar que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

GERSON CHAVERRA CASTRO

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. Folios 26 a 41 – cuaderno nº 1.

2 Cfr. Folios 7 a 24 – ibídem.

3 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

4 Artículo 86 de la [Constitución Política](#).

5 Sentencias T-180 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-237 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

6 Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).