

Gerson Chaverra Castro

Magistrado Ponente

ATP1895-2021

Radicación n.º 120561

(Aprobado Acta n.º 318)

Bogotá, D.C., dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver la impugnación formulada por Arleyda Monsalve Acevedo -Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Seccional Magdalena Medio - frente a la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de tutela interpuesta por Elida Mercedes Hernández Rico quien actúa como agente oficiosa de su menor nieta M.J.G.R.

A la presente actuación fueron vinculadas todas las partes e intervinientes del proceso seguido en contra de Davinson Díaz Crespo.

HECHOS

Fueron narrados de la siguiente forma por el A quo:

[...] Luego de resaltar que su nieta ha sido víctima de actos sexuales por parte de su padrastro Davinson Díaz Crespo y aludir a la decisión de nulidad de toda la actuación judicial que se inició por tales hechos adoptados el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado

Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, expresa la señora Elida Mercedes Hernández Rico que no comprende tal determinación – la que estima absurda, descabellada, equivocada- pues difícilmente su menor nieta puede recordar las fechas exactas en las que era sometida a tener relaciones sexuales, pero pese a ello sí concretó que eso ocurrió entre los años 2016 a 2018; el dejar en libertad al actor pone en riesgo su vida y la de su nieta dado que ella fue la que denunció ante la negligencia de la progenitora que nada hizo por estar enamorada, y aquel ha referido amenazas contra la familia y ha mencionado que se vengará, además va a atacar nuevamente a la niña o a ella.

Aparte de persistir en su inconformidad por la libertad otorgada al denunciado pues deja en total desprotección a su nieta y a ella misma, sostiene la accionante que promueve la acción para evitar un perjuicio irremediable dado que aquel puede matarlas así como el señor Julio Miranda-amigo de su nieta- a quien le contó sobre los abusos, por ello pretende que amparen los derechos de la menor y se declare la nulidad del auto proferido el 11 de octubre de 2021 y se disponga continuar el proceso.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga declaró improcedente el amparo al constatar que el proceso censurado se encuentra en curso. Además, al evidenciar que la decisión cuestionada fue objeto de los recursos de reposición y apelación, último interpuesto por la representante de la Fiscalía que actúa en la investigación y que se encuentra pendiente de ser resuelto.

Pese a lo anterior, frente a las amenazas y a la situación de desprotección en la que se encontraría la víctima, exhortó a la Fiscal del caso para examinar la necesidad de adoptar medidas de protección en los siguientes términos:

[...] Segundo: Exhortar a la señora Fiscal del proceso, doctora Arleyda Monsalve Acevedo, o quien haga sus veces, para que examine la necesidad de adoptar las medidas de protección

a favor de la accionante y su menor nieta.

LA IMPUGNACIÓN

Arleyda Monsalve Acevedo -Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Seccional Magdalena Medio — solicitó que se revoque el numeral 2º del fallo de primer grado en el cual se dispuso exhortarle para evaluar la implementación de medidas de protección para la víctima.

De igual forma, considera que el amparo debe proceder en aras de ordenar que, en un término perentorio de 48 horas, se resuelva la apelación interpuesta en contra del auto que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso penal censurado.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.2.1 Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra la providencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga, de la cual la Corte es superior funcional.
2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas y/o de los particulares, éstos en los casos que la ley regula, y siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial.
3. En esta ocasión Arleyda Monsalve Acevedo -Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Seccional Magdalena Medio -se encuentra inconforme con el exhorto que hizo el A quo, en el fallo de primera instancia. En tal virtud, solicita que se revoque la decisión en

ese aspecto, sin embargo, la Sala anticipa que aquello no es procedente.

4. Lo primero que debe decirse es que, Elida Mercedes Hernández Rico quien actúa como agente oficiosa de su menor nieta M.J.G.R. acudió al amparo para poner de presente la queja por la decisión de nulitar el proceso seguido contra Davinson Díaz Crespo, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, el 11 de octubre de 2021, no obstante, como esa actuación se encuentra en curso y pendiente de resolver el recurso de apelación en contra de esa determinación, de forma acertada el A quo declaró la improcedencia de la presente acción ante la existencia de mecanismos de defensa ordinarios al interior de esa actuación.

5. A pesar de lo anterior, y ante las amenazas expuestas contra la víctima, aquí accionante, el Tribunal consideró pertinente exhortar a la Fiscal del caso, en los siguientes términos:

[...] Segundo: Exhortar a la señora Fiscal del proceso, doctora Arleyda Monsalve Acevedo, o quien haga sus veces, para que examine la necesidad de adoptar las medidas de protección a favor de la accionante y su menor nieta.

6. Nótese que el exhorto realizado a la autoridad accionada tiene como objetivo evaluar la necesidad de adoptar medidas de protección en favor de la víctima, debido a las amenazas sufridas en el marco de la actuación penal en la que se encuentra inmersa y que actualmente está en curso, al tiempo que se propende evitar que, tanto la autoridad judicial en particular, como la judicatura en general, se sometan a un desgaste jurisdiccional como el que implica el trámite de tutela.

Sin embargo, con todo y ello, tal conminación no constituye una orden judicial cuyo incumplimiento acarree consecuencias jurídicas, pues se trata de un simple requerimiento de carácter general que busca, dentro de la actuación penal en curso, adoptar las acciones pertinentes dentro del procedimiento reglado por la Ley 906 de 2004, para la protección de la víctima, más no de una de determinación de carácter particular y concreto cuyo

desconocimiento pueda ser apreciado de manera objetiva y, por ende, sometido a un juicio de responsabilidad como el que se realiza al interior del incidente de desacato.

Bajo ese sentido debe resaltarse que, comoquiera que del eventual incumplimiento de dicho requerimiento no puede deducirse ningún tipo de consecuencia jurídica que llegue a afectar a la autoridad conminada dentro de la presente actuación, entonces ese tipo de conminaciones no pueden ser objeto de recurso alguno. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-021-2017, en un evento similar al que acá se plantea, manifestó lo siguiente:

No debe pasarse por alto que el exhorto no constituye una orden proferida por un juez y, por lo tanto, deviene inejecutable y frente a su incumplimiento el trámite del desacato resulta improcedente.

En igual sentido, el Consejo de Estado, frente a la temática, ha sostenido:

[...] Lo anterior, en la medida en que, el exhorto o instar a una autoridad no constituye una orden judicial, entre otras, porque no existe un instrumento que lo haga exigible coercitivamente. Se reitera, no son órdenes, son requerimientos que se dictan en el marco de ausencias jurídicas que pueden poner en riesgo derechos y garantías constitucionales.

7. Así las cosas, dado que en el asunto de marras el Tribunal de segundo grado no profirió una orden en contra de la autoridad accionada, sino que simplemente la exhortó para estudiar la necesidad de adoptar medidas de protección en favor de la víctima, dentro del proceso que dio origen a la presente acción de tutela, entonces nos encontramos ante una determinación que no admite recurso alguno, motivo por el cual la Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento de fondo alguno sobre el particular.

Ahora bien, en la impugnación interpuesta por la Fiscal también solicitó que se ordene, en un plazo perentorio de 48 horas, se resuelva la apelación interpuesta contra el auto objeto

de censura.

Al respecto, debe decirse que tal reproche origina un hecho novedoso, al punto que no pudo ser controvertido en el trámite surtido ante el Tribunal. Recuérdese, que a partir del libelo introductorio, la accionante planteaba su inconformismo únicamente frente al auto que decretó la nulidad en el proceso penal, y en nada cuestionó el desarrollo de la apelación interpuesta en contra del mismo.

Esa circunstancia impide su estudio en esta alzada, pues, de lo contrario, sería pretermittir la primera instancia y violar el debido proceso de los sujetos intervinientes en esta actuación.

En efecto, así lo ha sostenido esta Corporación:

(...) es cierto que en sede de tutela, está establecida la facultad – deber del fallador de sentenciar extra y ultra petita cuando, en el trámite ante él ventilado, se advierta la necesidad de reparar o evitar la trasgresión o amenaza de los bienes jurídicos superiores (...) también lo es que lo anterior no puede convertirse en patente de corso cuando de hechos nuevos se trata, comoquiera que ésta tampoco es extraña a las reglas del debido proceso, entre las cuales se destaca el derecho de los convocados a la defensa (CSJ, STC 15 mar. 2011, rad. 00003-01, reiterada en STC1214-2014, más recientemente en STC13019-2015, 24 sep., rad. 00344-01 y en STC15024-2015).

Por lo anterior, como no es viable examinar situación distinta que difiera de lo exhibido en

el libelo inicial presentado por la demandante, la censura resulta irrelevante.

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,

RESUELVE

Primero. Abstenerse de resolver la impugnación interpuesta por la Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Seccional Magdalena Medio, en contra del fallo de tutela proferido el 26 de octubre de 2021, por la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga.

Segundo. Remitir el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria