

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP1134-2022

Radicación n° 121438

Acta No 013

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve la acción de tutela promovida por el apoderado de Robert Widmark Hernández González, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el Consejo Superior de la Judicatura, y el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y defensa técnica.

Trámite que se extendió a las partes e intervinientes del proceso penal con radicado 11001609906201715747.

#### ANTECEDENTES

Los hechos y pretensión que sustentan la petición de amparo fueron relacionados por el accionante en los siguientes términos:

El actor Robert Widmark Hernández González, se encuentra procesado por la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, el cual conoce en sede de juicio el Juzgado 42 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

En concreto, advierte el actor que, en la audiencia preparatoria de 14 de enero de 2020, estuvo indebidamente representado por su entonces abogada de confianza Dalila Castañeda Rojas, debido a que «no tenía muchos conocimientos en el campo del Derecho Penal ordinario y mucho menos en el caso de los delitos sexuales y en el procedimiento que se lleva dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio», al punto de no haber sustentado debidamente la argumentación relacionada con la procedencia de las pruebas ni interpuso recursos en contra de la decisión que negó sus solicitudes probatorias, lo cual genera la invalidez del trámite por el quebranto de sus garantías superiores.

Por lo anterior, cambió de apoderado y, su nuevo defensor solicitó la nulidad del proceso al Juez 42 Penal del Circuito accionado por la vulneración del debido proceso y de su derecho a una defensa técnica, el cual negó tal postulación en auto de 3 de diciembre de 2020, que apeló ante la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, y tal Corporación ratificó la determinación el 17 de noviembre de 2021.

Por lo indicado, protesta el actor por la decisión de los jueces de instancia, por adolecer de defectos sustantivos, y acusa el proceso porque en el mismo existe una brecha tal que «no permitirá a la judicatura llegar a la verdad real de los hechos denunciados e investigados por parte del Estado colombiano a través de la Fiscalía General de la Nación y los Organismos que cumplen funciones de Policía Judicial y juzgado, Tribunal y Corte Suprema de Justicia»; en consecuencia, solicita el amparo de sus prerrogativas fundamentales así como que, se decrete la nulidad del proceso penal a partir de la audiencia preparatoria de 14 de enero de 2020.

## 2. RESPUESTAS

1. El Magistrado integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y que presidió la misma en el proceso penal en contra del actor, explicó que fue conocida la apelación de la defensa de aquel contra el auto de 3 de diciembre de 2020, del Juzgado 42 Penal del

Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante el cual negó la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, el que fue ratificado en proveído de 17 de noviembre de 2021.

Frente a los argumentos del promotor, arguye que la decisión adoptada por la Sala fue producto del análisis detallado y concreto de los elementos de juicio incorporados al proceso, sin que se vislumbre arbitrariedad violatoria de garantías fundamentales tal y como se puede constatar en la providencia atacada y cuya copia allegó a este trámite.

2. La Procuradora 18 Judicial II Penal de Bogotá, discrepó de las afirmaciones del actor y explica que estuvo debidamente asistido en la audiencia preparatoria por su entonces abogada, como quiera que esta no sólo realizó descubrimiento probatorio, sino que hizo peticiones de pruebas que en su mayoría le fueron decretadas por el Juzgado de conocimiento.

Situación distinta es que la defensora, con su particular visión y estrategia en ese momento procesal, determinara no emplear recursos contra la decisión de decreto probatorio.

Agregó que, en todo caso, las decisiones del juzgado y del Tribunal fueron ajustadas a derecho y no resultan arbitrarias ni caprichosas.

3. La profesional Yensy Dalila Castañeda Rojas, indica que le manifestó al actor en su oportunidad que no se considera una abogada experta en derecho penal, empero, asumió su representación desde la formulación de imputación, por su angustia y la de su familia.

Con respecto a la audiencia preparatoria, indica que consiguió las pruebas a favor del actor y, no obstante, un par de ellas fueron negadas, por su inexperiencia y porque «los nervios me jugaron una mala pasada», manifiesta.

Posterior a la audiencia acordaron que fuera relevada de la representación del actor para

que la asumiera otro abogado.

5. La Juez 42 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, argumentó que no se vulneraron los derechos del actor Robert Widmark Hernández González.

Así, tras resumir la actuación procesal, expuso que, en la audiencia preparatoria, la defensa del actor no fue negligente ni inactiva, efectuó el descubrimiento y las solicitudes probatorias, por lo que «no es cierto que la abogada no haya hecho la presentación de las razones de conducencia, pertinencia y utilidad, pues estas eran indispensables para acceder a sus solicitudes probatorias, como ocurrió dentro de este asunto.»

De sus pedimentos suasorios, entonces, se decretaron los testimonios de Mercedes Cañón, de la psicóloga forense Claudia Alexandra Rodríguez, así como del procesado, determinación que fue notificada en estrados y cobró ejecutoria en el acto, ante la no presentación de recursos.

Con posterioridad, el actual defensor de Hernández González solicitó la nulidad del proceso con sustento en la supuesta falta de idoneidad de la anterior abogada, petición que fue negada, «en la medida que la doctora Yensy Castañeda hizo un descubrimiento y subsecuente solicitud probatoria y aquellos medios de convicción que no fueron decretados, lo fueron así porque, de un lado, resultaban comunes y no se propusieron razones distintas a las ya esbozadas por la Fiscalía y, del otro, buscarían hablar de la conducta de la víctima, asunto ajeno al tema del juicio. Asimismo, se argumentó que el doctor Namen Rodríguez no indicó cuáles fueron esos vacíos en los que concretamente incurrió su antecesora.»

Esa determinación la confirmó el Tribunal de Bogotá, al establecer que la defensora del actor realizó el descubrimiento, enunciación y solicitudes de pruebas, sus intervenciones no fueron tachadas por defectuosas, no le asistía la obligación de presentar impugnación sino el deber de no adelantar alzadas manifiestamente encaminadas a entorpecer o demorar el proceso, adicional, la parte actora no indica cuál medio de convicción fue el que dejó de

solicitar la otrora defensora y su incidencia real en el resultado del proceso.

Aunado a que la acción de tutela no puede emplearse como una instancia adicional a las decisiones de los juzgadores, y los argumentos del actor son similares a los empleados en la solicitud de nulidad del trámite, que esbozó su apoderado judicial.

5. La Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, expuso que carece de legitimidad en la causa por pasiva por cuanto el ataque involucra al Juzgado y Tribunal demandados, mas no a acción u omisión atribuibles a dicha autoridad.

### 3. CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, toda vez que el ataque involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, respecto del cual ostenta la calidad de superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad para promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el presente asunto, la queja del accionante se dirige a atacar las decisiones del 3 de diciembre de 2020 y el 17 de noviembre de 2021, emitidas por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, en las cuales se negó la solicitud de nulidad del proceso penal seguido en su contra, a partir de la audiencia preparatoria celebrada el 14 de enero de 2020, por la presunta vulneración de sus derechos

al debido proceso y defensa técnica, como consecuencia de la indebida representación judicial de quien fungía como su defensora de confianza en ese tiempo, en lo tocante a la solicitud de las pruebas y la decisión que al respecto tomó el juzgado de conocimiento.

4. Según se ha reiterado, la potestad de controvertir las decisiones de los jueces a través de la acción de tutela tiene un alcance excepcional y restringido, según lo precisaron la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992 y la jurisprudencia pacífica de esta Sala; todo ello por virtud de un cabal respeto de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial. La razón de una tal postura no es distinta que evitar que la tutela se convierta en un instrumento adicional para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es otra que denunciar la violación de los derechos fundamentales.

Igualmente, ha de destacarse que la jurisprudencia ha sostenido que su prosperidad está atada a que se cumplan una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros de carácter específico, que apuntan a la procedencia misma del amparo (Sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006), de ahí que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

5. La Corte estima que el asunto que concita la atención de la Sala tiene relevancia constitucional, en tanto se invoca la protección de derechos fundamentales del debido proceso y defensa técnica de Robert Widmark Hernández González que éste denuncia quebrantados a partir del ejercicio de funciones propias de la administración de justicia.

Igualmente, se advierte que el amparo fue interpuesto de forma oportuna, al tratarse, la decisión que tomó el Tribunal de Bogotá, de providencia dictada el 17 de noviembre de 2021.

No obstante, se advierte el quebrantamiento al principio de subsidiariedad, como pasa a explicarse.

6. De los medios de conocimiento aportados a este diligenciamiento, se conoce que el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, adelanta el proceso n.o 11001609906201715747 en adversidad de Robert Widmark Hernández González, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

5. Luego de realizarse la audiencia de preparación del juicio y antes de instalarse el juicio oral, la defensa del promotor, por escrito, impetró la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, cuestionando la vulneración de las garantías del actor por una supuesta falta de defensa técnica en la referida diligencia.

Esa petición fue negada el 3 de diciembre de 2020 y, una vez apelada por la parte interesada, en auto de 17 de diciembre de 2021 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la ratificó, por lo que dispuso la devolución del asunto al juzgado de origen para que continúe el trámite correspondiente. Al respecto, sostuvo:

«El 14 de enero de 2020, instalada la audiencia preparatoria, de conformidad con el art. 356 de la Ley 906 de 2004, la Juez le otorgó la palabra a la defensa para que manifestara sus observaciones al descubrimiento probatorio, ante lo cual señaló que se encontraba conforme con la entrega. Seguidamente realizó el descubrimiento probatorio de una fotografía, la entrevista de Miguel Eduardo Osorio Acosta y el informe base de opinión pericial de una psicóloga perito forense.

Continuando con la ritualidad procesal, la defensa procedió a la solicitud probatoria la cual consistió en los testimonios de Robert Widmark Hernández González, Mercedes Cañón, Alejandro Hernández González, Miguel Eduardo Osorio, María Fernanda Forero Cogollo, Aracely María Charry Bermúdez, Andrea Avella Soto, Luisa Fernanda Chaparro, de la menor víctima y de Claudia Alexandra Rodríguez Yepes.

Ante este panorama procesal, es claro que del ejercicio defensivo de la abogada de ROBERT WIDMARK HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, no se puede calificar de inactivo o, como lo asevera el

recurrente, desconocedor del esquema adversarial de la Ley 906 de 2004.

En efecto, en la debida oportunidad, la defensora realizó el descubrimiento, enunciación y, finalmente, solicitudes probatorias sin que sin mayores elementos de juicio se tachan de defectuosos por el nuevo defensor porque según su particular modo de ver, no se garantiza el derecho de defensa del acusado, cuando la pertinencia de esos elementos de convicción es innegable. Así, no cabe sostener que la abogada antecesora estuvo ausente o inactiva para el ejercicio de la defensa. No. Aquí la apoderada cuestionada no solamente solicitó el testimonio del procesado sino, además, presentó testigos adicionales, los investigadores del caso que recibieron entrevistas rendidas por la presunta afectada, la prima de la menor, la víctima (estos últimos como prueba común con la Fiscalía, pero en directo) y la psicóloga forense que realizará el informe base de opinión pericial. Otra cosa, es que no todas hayan sido decretadas.

Se dijo que los testimonios del procesado, de Mercedes Cañón y la psicóloga forense eran suficientes para la anterior defensora, de manera que no es cierto que no haya elementos para incorporar en juicio oral.

De otra parte, el art. 37 de la Ley 1123 de 2007 “Código Disciplinario del Abogado”, no refiere a la obligación de los abogados de interponer los recursos ordinarios y extraordinarios como erradamente lo expone el recurrente. El citado artículo establece como falta a la debida diligencia profesional “3. Obrar con negligencia en la administración de los recursos aportados por el cliente para cubrir los gastos del asunto encomendado.” En ese sentido, no se entiende la argumentación realizada por el defensor frente a este tópico.

Valga resaltar que el artículo 33 ibídem, establece como falta a la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado: “8. Proponer incidentes, interponer recursos, formular oposiciones o excepciones, manifiestamente encaminados a entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y de las tramitaciones legales y, en general, el abuso de



las vías de derecho o su empleo en forma contraria a su finalidad.” De ahí la norma que respalda la actuación de la anterior defensora, de no interponer los recursos contra la decisión de negar las pruebas, pues estimaba que entorpecería el normal desarrollo del proceso.

Los argumentos esgrimidos por la juez de conocimiento le fueron suficientes para aceptar que se negaran las pruebas comunes en directo y los testimonios del padre y del docente de la menor víctima.

Debe resaltarse, por demás, que, en materia de defensa técnica, no es la valoración o la crítica que merezca una estrategia o postura del profesional del derecho que asiste al procesado la que debe analizarse, sino la real afectación de los derechos de éste, en otras palabras, debe demostrarse la incidencia de la supuesta irregularidad en los derechos del implicado.

La queja del recurrente radica, realmente, en el desacuerdo con la actividad de su antecesora, controversia que no puede abordar la Sala, toda vez que cada profesional tiene su forma de adelantar la labor encomendada sin que sea posible establecer o delimitar cuál puede ser la postura más conveniente a los intereses del procesado.

No resulta acertado, entonces, que, una vez conocido el proceso en la etapa preparatoria, con una visión posterior, se construyan genéricos reparos sobre la forma como se cumplió la actuación defensiva en la instancia, pues siempre será posible encontrar distintas maneras de adelantar ese ejercicio, dado que esto depende del enfoque intelectual de cada letrado. Es que, no le es dado a la nueva defensa técnica desconocer actuaciones consolidadas cuestionando la estrategia o asesoría brindada por quien le antecedió, pues esto puede llevar a desconocer la buena fe así como la lealtad que rigen las actuaciones procesales.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que “...el derecho de defensa puede ejercerse no solo a través de actos positivos de gestión, sino también de actitudes pasivas que dentro

del marco de una planeación estratégica busque mejores resultados para el procesado que aquellos que se podrían obtener de una activa participación en el desarrollo del proceso...”.

Para demostrar la ausencia de defensa técnica es necesario verificar que la ignorancia y falta de aptitud del abogado anule sus posibilidades de controversia e impugnación. No elevar determinadas solicitudes probatorias o insistir en las mismas o demarcar una estrategia específica, no conlleva a la orfandad defensiva o la inadecuada defensa porque el ejercicio de tales actuaciones no responde a una carga ineludible para la defensa dada la presunción de inocencia y el principio de la duda que operan a su favor.

En consecuencia, no procede acceder a la nulidad solicitada, de ahí que se confirmará la decisión apelada.».

6. Ante este panorama, se evidencia que el demandante pretende que en esta sede excepcional se acepte sus proposiciones relacionadas con la solicitud de nulidad de lo actuado dentro del proceso penal que se sigue en su adversidad, desconociendo que como el diligenciamiento cuestionado está en curso, es al interior del mismo donde debe hacer valer las garantías que estima lesionadas, a través de los mecanismos ordinarios y extraordinarios consagrados al interior de la Ley 906 de 2004.

Véase que si la sentencia es desfavorable a los intereses del actor puede apelarla, incluso, interponer el recurso extraordinario de casación.

Es decir que, es dentro del diligenciamiento objetado donde el accionante debe ejercer todas las prerrogativas que le otorga la Ley, para la defensa de sus intereses, en la medida en que el presente mecanismo ha sido instituido para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, pero no es una tercera instancia a la de los jueces competentes.

En consecuencia, al existir un escenario natural de discusión, la tutela demandada se torna improcedente, en los términos previstos por el numeral 1° del artículo 6°, del Decreto 2591 de 1991. Respecto a este particular, la Corte Constitucional ha señalado en sentencia CC SU-041-2018, dijo:

[...] Esta Corporación ha decantado desde sus inicios la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en especial, cuando se emplea contra providencias judiciales<sup>1</sup>. En sentencia C-590 de 2005<sup>2</sup>, la Corte manifestó que tal principio implica el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De esta manera, el mencionado presupuesto establece un deber del actor de desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

La inobservancia de esta carga procesal instituiría al amparo constitucional como un mecanismo de protección alternativo, que vaciaría las competencias de las distintas autoridades judiciales que ejercen función jurisdiccional en sus distintos ámbitos de conocimiento, puesto que concentraría en la jurisdicción constitucional todas las decisiones que les son inherentes a aquellas y se desbordarían las funciones que la Constitución le otorgó a esta última<sup>3</sup>.

En ese orden de ideas, la acción de tutela ejercida contra providencias judiciales no puede tenerse como un mecanismo alternativo, adicional o complementario al proceso que adelanta el juez ordinario competente, lo que significa que el juez de amparo no puede reemplazar en sus competencias y procedimientos a los funcionarios especiales que conocen de los asuntos que las partes le someten a su consideración<sup>4</sup>. Sin embargo, aunque no se hayan agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, la acción de tutela procederá siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.

5. Asumir una postura como la pretendida por el accionante, implicaría desconocer y pretermitir los procedimientos y decisiones que en ejercicio de su competencia emiten los funcionarios judiciales y abordar, en abierta contraposición a la finalidad del amparo, el análisis de un asunto que está en curso.
6. Por las anteriores consideraciones, se declarará improcedente la solicitud de protección.

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 el amparo invocado por Robert Widmark Hernández González

Notifíquese y Cúmplase

Gerson Chaverra Castro

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Ver entre otras sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteradas en sentencia T-103 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

2 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3 Al respecto ver la sentencia SU-298 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

4 Sentencias SU-026 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SU-424 de 2012 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteradas en sentencia T-103 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.