

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado Ponente

STP1428-2024

Tutela de 2ª instancia No. 134565

Acta No. 002

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por DANIEL JAVIER MERCADO VILLALBA, mediante apoderado judicial, contra el fallo proferido el 25 de octubre de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que declaró improcedente el amparo constitucional invocado frente al Juzgado 10 Penal Municipal y el Centro de Servicios Judiciales, ambos de Cartagena, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Al trámite fueron vinculados la Defensoría de Familia, la Procuraduría, la Fiscalía 18 Especializada CAIVAS de Cartagena y la señora Marcela Paola Zúñiga Rosso.

El 9 de diciembre de 2022, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena, la Fiscalía 18 Especializada CAIVAS formuló imputación a DANIEL JAVIER MERCADO VILLALBA por los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales, ambos con menor de 14 años, cometidos al parecer contra la menor S.M.P.Z.

La fase de juzgamiento correspondió por reparto al Juzgado 6º Penal del Circuito de esa ciudad, autoridad que asumió el conocimiento del proceso, adelantó la audiencia de acusación el 31 de julio de 2023 y fijó el 5 de diciembre siguiente para realizar la preparatoria.

El 24 de agosto de esa anualidad, la defensa elevó ante el Centro de Servicios Judiciales de Cartagena solicitud de audiencia preliminar de carácter innominado, orientada a escuchar u obtener autorización para entrevistar a la menor S.M.P.Z.

La oficina de apoyo judicial programó la audiencia para el 6 de octubre de 2023 a las 11:00 A.M. y la asignó por reparto al Juzgado 10º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de ese lugar.

Llegada la fecha y hora de la diligencia, la titular del despacho la declaró fallida por la inasistencia de la Fiscalía 18 Especializada y la Defensoría de Familia del ICBF, indicándole a la defensa que podía solicitar nuevamente la programación de la audiencia ante el Centro de Servicios.

En la demanda de tutela, el accionante afirma que el juzgado demandado violó sus derechos fundamentales al no realizar la diligencia. Indica que la audiencia estaba encaminada a obtener la declaración de la víctima a través del ejercicio de un acto investigativo de la defensa, por lo cual bastaba la comparecencia de su abogado para celebrarla.

Por tanto, pretende que se ordene al Juzgado 10º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena adelantar la audiencia solicitada o, en su defecto, se ordene a la titular del despacho o al Centro de Servicios Judiciales de ese lugar, reprogramar la diligencia.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 18 de octubre de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena admitió la demanda de tutela y ordenó surtir el correspondiente traslado a las autoridades accionadas y demás vinculados, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. El Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Cartagena informó que el 24 de agosto de 2023 recibió la solicitud de audiencia preliminar presentada por la defensa y que el 25 de agosto siguiente comunicó a las partes e intervinientes en el proceso que la diligencia se realizaría el 6 de octubre de ese año a las 11:00 A.M.

Explicó que las fechas de las audiencias preliminares se fijan en atención al orden cronológico de presentación de las solicitudes, de la disponibilidad de la agenda y de la naturaleza de lo pedido (libertades, revocatorias, sustituciones, imputaciones, principios de oportunidad, entrega de vehículo, restablecimientos, innominadas, entre otras). Las fechas de las audiencias innominadas, como la requerida por el abogado del accionante, se programan para ser realizadas en un término aproximado de 46 días calendario, contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

2. La Juez 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena indicó que declaró fallida la audiencia preliminar al estimar necesaria la asistencia de la Fiscalía y de la Defensoría de Familia para la realización y validez de ese acto procesal, debido a que lo pretendido por la defensa era entrevistar a la menor presuntamente víctima de los delitos sexuales por los cuales se adelanta el proceso penal contra el tutelante.

3. La Fiscal 18 Especializada CAIVAS de Cartagena señaló que no asistió a la audiencia preliminar al encontrarse incapacitada por hipertensión, situación que informó a la defensa y al despacho.

Refirió que el apoderado del accionante pretendía entrevistar a la menor S.M.P.Z., razón por la cual, para la validez de la audiencia, se requería no solo la presencia de la delegada de la Fiscalía a efectos de pronunciarse sobre la práctica probatoria pretendida por la defensa, sino de la asistencia de la representante de la Defensoría de Familia con el fin de que se garantizaran los derechos de la niña y evitar su revictimización, en tanto los menores víctimas de delitos sexuales serán entrevistados preferiblemente por una sola vez y conforme las pautas fijadas en la Ley 1098 de 2006.

Anotó que el defensor del tutelante cuenta con la posibilidad de solicitar al Centro de Servicio la reprogramación de la audiencia en una fecha cercana, explicando los motivos por los cuales no se realizó previamente.

4. Los demás vinculados guardaron silencio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante fallo del 25 de octubre de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena declaró improcedente la acción de tutela.

Indicó que la Ley 1098 de 2006 ordena que en aquellos casos en los que niños, niñas y adolescentes sean víctimas de delitos, las entrevistas se realizarán previa revisión del cuestionario por parte del defensor de familia. Por tanto, estimó acertada la determinación del juzgado accionado de declarar fallida la audiencia preliminar solicitada por la defensa, ante la inasistencia de la Fiscalía y la Defensoría de Familia para la celebración de ese acto

procesal.

Señaló, además, que la defensa podía solicitar ante el Centro de Servicios Judiciales de Cartagena la reprogramación de la audiencia de su interés, sin que para ello fuera necesaria la mediación del juez de tutela.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante insiste en la vulneración de sus derechos fundamentales, con sustento en hechos y argumentos similares a los expuestos en la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de tutela dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

2. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares en los casos definidos en la ley (artículos 86 de la Constitución Nacional y 1º del Decreto 2591 de 1991).

Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales es necesario, para su procedencia, demostrar que se cumplen los presupuestos generales fijados por la doctrina constitucional, entre otros el de subsidiariedad, y acreditar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental,

fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05, T-332/06, SU215 de 2022).

3. En este asunto, el demandante orienta la acción a demostrar que el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena incurrió en una vía de hecho en perjuicio de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al declarar fallida la audiencia preliminar del 6 de octubre de 2023 por la inasistencia de los representantes de la Fiscalía y la Defensoría de Familia para la celebración de ese acto procesal.

Argumentó que la diligencia estaba orientada a obtener la entrevista de la menor S.M.P.Z., es decir, a realizar un acto investigativo de la defensa. Por tanto, en su criterio, la audiencia se podía adelantar solo con la presencia de su abogado.

Frente a los argumentos y pretensión del tutelante, la Sala advierte que la acción incumple con el requisito general de subsidiariedad para su procedencia, puesto que se dirige contra un proceso que se halla en curso.

Así las cosas, es en ese específico escenario donde se debe elevar la solicitud de reprogramación de la audiencia preliminar de interés del accionante y plantear los motivos de inconformidad contra las actuaciones y decisiones que se cumplan o puedan adoptarse.

El carácter residual de la acción impide al juez de tutela interferir en las competencias judiciales ordinarias, a menos que la actuación o determinación censurada se aparte abruptamente del ordenamiento jurídico y que la parte afectada no cuente con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para evitar un perjuicio irremediable o restablecer el daño causado frente a sus derechos fundamentales.

En este caso, lo actuado por la funcionaria judicial a quien le correspondió conocer la audiencia innominada solicitada por la defensa, no se revela arbitrario o caprichoso en desmedro de los intereses constitucionales del accionante.

La titular del despacho consideró necesaria la presencia en la audiencia de los delegados de la Fiscalía y la Defensoría de Familia con el fin de conocer su postura respecto de la solicitud de la defensa y, especialmente, como era su deber, para garantizar los derechos e intereses de la menor S.M.P.Z.

Lo anterior por cuanto lo pretendido con la diligencia no era que la defensa realizara u obtuviera por parte del juez de garantías la autorización para adelantar cualquier acto investigativo, sino que el abogado del accionante escuchara en entrevista a la menor señalada de ser víctima de los delitos sexuales por los cual se adelanta el proceso penal.

Bajo ese entendido, se recuerda que el numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, que adicionó el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal de 2004, prevé que durante la etapa de indagación o investigación los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales serán entrevistados preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, siempre y cuando se justifique su necesidad y se garantice el interés superior del menor. En este sentido debe quedar claro que la práctica de someter a los menores a reiteradas e injustificadas entrevistas constituye una inadmisibles revictimización y que la presencia de la Fiscalía y la Defensoría de Familia contribuyen a la garantía de sus derechos.

La norma en cita también establece las reglas a seguir para efectuar entrevistas a menores de edad víctimas de abuso o violencia sexual en un proceso penal. De acuerdo con ellas, las declaraciones previas al juicio oral deben realizarse por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños,

niñas y adolescentes, o por un profesional especializado en la materia, en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima, “previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia”.

Con este marco normativo se demuestra que la determinación adoptada por el juzgado accionado, además de velar por el interés superior de una adolescente frente a la cual se habrían cometido delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, se ajusta al procedimiento establecido para efectuar entrevistas a menores de edad víctimas de esta clase de ilícitos con el fin de prevenir que sean revictimizados.

Por tanto, se descarta la configuración de alguna causal específica de procedencia de la acción de tutela contra la actuación y determinación cuestionada, que amerite la intervención excepcional del juez de tutela en las competencias judiciales ordinarias.

Ahora bien, si el accionante considera necesaria la celebración de la audiencia preliminar para obtener, como lo dice en la demanda, elementos de prueba que soporten la estrategia defensiva, bien puede, directamente o por intermedio de su abogado, solicitar al Centro de Servicios Judiciales de Cartagena la reprogramación de esa diligencia, sin necesidad de orden judicial en ese sentido por parte del juez de tutela.

En consecuencia, se confirmará el fallo impugnado.

Con todo, como la audiencia de interés del tutelante no se realizó por la inasistencia de los delegados de la Fiscalía y la Defensoría de Familia del ICBF, se exhortará a los mismos para que acudan a esa diligencia, en el evento de ser reprogramada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas #2 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

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que declaró improcedente el amparo invocado por DANIEL JAVIER MERCADO VILLALBA.
2. EXHORTAR a los delegados de la Fiscalía y la Defensoría de Familia del ICBF, vinculados al presente trámite, para que, en el evento de ser reprogramada la audiencia preliminar de interés del accionante, asistan a ese acto procesal.
3. NOTIFICAR esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. REMITIR el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERARDO BARBOSA CASTILLO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria