

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 019

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-0033-2	Sentencia 2º instancia	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	OMAR DE JESÚS SUAREZ COGOLLO	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 02 de 2022
2021-1938-2	Tutela 2º instancia	CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI	Juzgado 3º Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia y o	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 03 de 2022
2022-0125-3	Tutela 1º instancia	Herica Yanides Cárdenas Ortiz	PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	Remite por competencia	Febrero 03 de 2022
2021-1976-4	Tutela 1º instancia	Rafael Antonio Lamar Benavides	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia y o	concede recurso de apelación	Febrero 03 de 2022

FIJADO, HOY 04 DE FEBERO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 05 837 61 00499 2015 00071
INTERNO: 2021-0033-2
DELITO: Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años en Concurso Heterogéneo con Actos Sexuales con Menor de Catorce Años
ACUSADO: OMAR DE JESÚS SUAREZ COGOLLO
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

Medellín, tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 009

1. ASUNTO

En esta oportunidad corresponde que la Sala estudie el recurso de apelación que formuló el representante del ente instructor en contra de la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2020 por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, absolvió de los cargos presentados en su contra del señor Omar de Jesús Suarez Cogollo.

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El aspecto fáctico de este caso se contrae a los siguientes hechos, relacionados por el fallador de primer grado, así:

“Los hechos de la acusación se desprenden de la versión de la menor víctima SMC, quien refirió que dieron cuando ella tenía 13 años, de lo cual infiere el Despacho se dieron en los últimos meses del año 2013, hasta el día 23 de enero de 2015, que la menor le refirió a su madre al ésta encontrarla en la habitación con el denunciado que esa era la tercer que su padrastro la abusaba, pero que en esa oportunidad no le alcanzó a hacer nada, pero que la estuvo besando; los hechos se desprende de la denuncia y de la versión de la menor, se dieron en el barrio EL Progreso del corregimiento Currulao jurisdicción de este municipio de Turbo, propiamente en la residencia que para la época era ocupada por la menor y su familia, lugar donde según ésta, en dos oportunidades fue accedida carnalmente por el señor OMAR DE JESUS SUAREZ y en otra oportunidad como se dijo la estuvo besando.”.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Materializada la orden de captura emanada el 23 de octubre de 2015, El 13 de septiembre de 2016 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbo con función de Control de Garantías, imputándole la Fiscalía a Omar de Jesús Suarez Cogollo, el punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años, delito contenido en el artículo 208 del C.P, solicitando la Fiscalía de la imposición de medida de aseguramiento en su contra. El imputado no aceptó los cargos.

El día 14 de septiembre de 2016 fue presentado el escrito de acusación, correspondiendo en reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma municipalidad su conocimiento,

realizando la audiencia de formulación de acusación el día 22 de noviembre de la misma anualidad, la que se desarrolla conforme los artículos 339 y siguientes del procedimiento penal, formulando cargos por los Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado en Concurso Homogéneo Sucesivo y Heterogéneo con Actos Sexuales con Menor de 14 años Agravados, conforme los artículos 208, 209 y 211 numerales 2 y 5.

Se realiza la audiencia preparatoria el 15 de mayo de 2017, teniendo como derrotero el artículo 356 de la Ley 906 de 2004 referida al descubrimiento de los elementos materiales probatorios, su enunciación, las estipulaciones, la posibilidad de allanamiento a los cargos por el acusado y la solicitud probatoria.

La audiencia de juicio oral se realiza en varias sesiones, los días 17 de julio, 7 de noviembre de 2017 y 5 de abril de 2019 para iniciar y practicar las pruebas del ente acusador, fecha última en la que también se escuchó la declaración del procesado.

En fecha 30 de abril de 2019, antes de dar continuación a la etapa de juicio oral, la defensa solicita el decreto de prueba sobreviniente, petición que no es atendida por el a-quo, interponiéndose recurso de alzada, por lo que esta misma Sala de decisión, mediante providencia del 14 de junio del mismo año, confirma la decisión del juez de instancia.

Los alegatos de conclusión se realizan el día 29 de enero de 2020, el sentido del fallo se profiere el 3 de febrero de 2020 de

carácter absolutorio, y la sentencia se emite el 23 de noviembre de ese año.

3. SENTENCIA IMPUGNADA

Al resolver el asunto, una vez se recordaron los fácticos del asunto, la individualización del procesado y las intervenciones presentadas en los alegatos de conclusión se procedió a efectuar el análisis y valoración de los elementos probatorios.

Para el efecto, trajo a colación la importancia del pronunciamiento, esto dado que es una mujer la que se refuta víctima de una agresión sexual a una corta edad, para lo cual trae a colación jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; no obstante, desde un principio sentó que la Fiscalía no había logrado cumplir con el compromiso planteado de llevar al juzgado a un convencimiento más allá de la duda razonable, generándose así una duda sobre la responsabilidad endilgada que debía resolverse en favor del procesado.

Seguido a ello trajo a colación el material probatorio obrante en el expediente, comenzando por el relato de la menor, la madre de aquella, del investigador del CTI Fabio Antonio Restrepo Naranjo, la psicóloga de la comisaria de Familia Yacira Córdoba Mena, el médico forense Carlos Oquendo Moreno.

Destaca que a partir de las estipulaciones y la prueba practicada en juicio, es claro que existió convivencia entre el procesado y la señora Ana Ludís Cogollo, madre de SMC, así como que en ese periodo de tiempo los acompañó la menor referida, unidad familiar que inició en el corregimiento de Riogrande, trasladándose posteriormente para el corregimiento de Currulao convivencia que finaliza entre los meses de febrero y marzo como consecuencia de los presuntos vejámenes que sufrió su hija SMC por parte del señor Omar de Jesús Suarez.

Enseña que ante el conocimiento de los presuntos actos sexuales que el procesado realizó en contra de la libertad, integridad y formación sexual de SMC, se llevó a cabo reconocimiento médico legal practicado el 18 de febrero de 2015, donde la referida víctima señaló puntualmente 2 fechas, esto es el 23 de enero y 10 de febrero de ese año, como los días que fue agredida sexualmente por el procesado. Le indicó la menor al galeno que en la primera fecha se produjo el acceso carnal abusivo y para el siguiente momento no alcanzó a materializarse la agresión como quiera que la madre llegó al domicilio. El informe concluyó que se presentaba un desgarramiento himeneal localizados a las 3 y 9 del cuadrante del reloj, antiguo; es decir se produjo una actividad sexual con una anterioridad mayor a 10 días, hallazgo que no contradice la historia de penetración vaginal; señalando la víctima en esa oportunidad como responsable de tal agresión al señor Omar de Jesús.

Exterioriza que similares argumentos a los anteriores fueron igualmente expuestos ante la Psicóloga el día 19 de febrero del

mismo año, dónde en la valoración psicológica indico ser víctima de un delito sexual, presentando episodios de ansiedad, llanto, pánico, con evidencia de alteración emocional, situación que también se evidenció en la valoración médico legal.

Indicó que la testigo Ana Ludis confirmó el periodo de convivencia con el procesado, su hija y posteriormente la llegada de las descendientes de su compañero al hogar; así como las dificultades en la convivencia entre su hija y las del señor Omar de Jesús. Fue persistente en dar a conocer la información que inicialmente su hija le brindó y que daba cuenta de los actos sexuales que su pareja efectuó en su hija; correspondientes con tocamientos y penetración, argumento que acogió pues sospechaba de él.

Como consecuencia de estos episodios, traslado su residencia junto con su hija hacia la ciudad de Bogotá, donde luego de conocerse de la captura del investigado, SMC varió la información que suministró, indicando en ese momento a su progenitora que tales agresiones no existieron y los hallazgos fueron producto de la relación sentimental que sostuvo por una pequeña duración de tiempo con un joven de nombre José Luis; justificando su actuar en el ánimo de trasladarse a la ciudad de Bogotá y vivir allí con su hermana, pues la situación familiar con las hijas del señor Suarez cada día se tornaba más difícil.

Agrega que no fue posible corroborar la existencia efectiva del sujeto de nombre José Luis, para así lograr extraer del escenario al señor Omar de Jesús; por lo que tal maniobra no paso de ser simple distractor para apartar la responsabilidad que la Fiscalía se comprometió a revelar; es que pese a la variación de los hechos narrados en principio por la menor ante los dos profesionales y al igual que su madre y el vertido en juicio; no alcanzan a desdibujar lo ocurrido el 23 de enero de 2015, es decir el acceso carnal, esto como único hecho del que se estableció su materialidad.

Continúa con el análisis de la prueba testimonial, para ratificar la plena coincidencia en la narración de los hechos que SMC presentó a su madre, la psicóloga y el médico forense; todos ellos enmarcados en un mismo periodo caracterizado por ser cercano a la época de ocurrencia. Adicionalmente, la madre de la menor coincidió con los dichos de su hija respecto del espacio y los movimientos que tanto el acusado como la víctima realizaron en las dos únicas fechas de las que se tiene certeza se presentó algún tipo de agresión; pues si bien es cierto, en el escrito de acusación se refieren a acciones materializadas entre los años 2013 a 2015, solo se conoció de las circunstancias de tiempo modo y lugar de las fechas ya indicadas; en tanto que los presuntos episodios desarrollados con anterioridad se tornan ambiguos como quiera que no hay coincidencia o claridad del año que inició la convivencia, el tiempo de llegada de las hijas del acusado al hogar ni el conocimiento de sus nombres, menos la existencia de José Luis con la consecuente relación sentimental existente.

A la sazón con lo explicado, la falladora de primer grado discurre el no poder obviarse aspectos trascendentales dados a conocer a lo largo del proceso, entre los que se encuentra el estado anímico de SMC al momento de ser valorada sexológicamente, mismo que persistió en la actividad desplegada por la psicóloga, evidenciando un alto nivel de afectación básica relacionada con la agresión sexual y descartando alguna situación de orden familiar, enfatizando que la menor presentaba en las últimas semanas una ansiedad extrema trastocando su estado de salud psicológico, sin alteración psicomotriz o en su desarrollo cognitivo.

Aclaró que si bien en juicio, SMC dijo haber sido víctima del acusado respecto de los tocamientos y accesos a principios del año 2014, cuando apenas contaba con 13 años de edad y haberle contado esto a su progenitora; lo cierto es que la señora Ana Ludis cuando se entera de la situación, reacciona de manera asertiva, presentando la respectiva denuncia, aspecto que generó las valoraciones sexológicas y psicológicas; ambas practicadas en el mes de febrero de 2015. Del acopio probatorio solo se indicó de una reacción negativa por parte de la madre de la menor al conocer el evento, que desencadenó, con el traslado de ambas mujeres a la ciudad de Bogotá; por lo que no puede darse crédito al mes y año que SMC refiere como aquel donde su madre se enteró –enero de 2014-, sino al que corresponde con las atenciones que en virtud de este hecho se suscitaron.

Frente a lo anterior, afirma la a quo, lo que quedó demostrado fue que el señor Omar de Jesús Suarez si accedió carnalmente a SMC el 23 de enero de 2015, hecho que se presentó mientras convivían en el corregimiento de Currulao; no obstante, se da la ausencia de un elemento indispensable para pensar en la comisión de esta conducta delictiva, esto es la minoría de edad (menor de 14 años), de allí que es dable comprender que ya la presunta víctima salió del rango de protección especial previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, por lo que procedió a privilegiar la presunción de inocencia, emitiendo un fallo absolutorio.

3. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

3.1 La fiscalía como recurrente

El señor Fiscal 114 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo, inconforme con la decisión de primera instancia, la apela buscando un fallo condenatorio, sosteniendo, así:

La Fiscalía General de la Nación acusó al señor Omar de Jesús Suarez, por las conductas de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años.

Indica que la fecha de ocurrencia de los hechos, se enmarcaron entre los últimos meses del año 2013, los cuales se extienden hasta el día 23 de enero de 2015.

Enseña que al juicio oral se introdujo como prueba la plena identidad y minoría de edad de la víctima para el momento de los hechos, tal como quedó establecido en el numeral 3.1.1, que alude a las estipulaciones probatorias, estableciéndose que la menor nació el día 04 de octubre del año 2000, contando para el año 2013 con 13 años de edad.

Destaca que la menor, atestiguó que se fue a vivir con el señor Omar de Jesús Suarez, cuando contaba con 12 años de edad, conviviendo por espacio de dos años, declaración que se compagina con el dicho de su madre, quien refirió haber conocido al procesado en el año 2011, iniciando la convivencia en el año 2012.

Recalcó lo dicho por la madre de la menor, señora Ana Ludis Cogollo, quien relató lo que su descendiente le contó, llenándose de enojo por lo escuchado, lo que conllevó a que al momento de instaurar la denuncia penal aseverara que Omar de Jesús era un guerrillero, al tiempo que lo agredió físicamente. Asimismo, exteriorizó que sospechaba del procesado, por lo que finalmente terminó separándose de él.

Refiere que la señora Ana Ludis Cogollo, también recitó lo que su hija le contó, por lo que al enterarse de la captura de aquel, su hija le informó sobre la existencia de un supuesto novio, exteriorizando circunstancias en la denuncia que nunca sucedieron, por lo que podría llegar a pensarse que todo fue invento suyo, instrumentalizando a la menor para beneficio suyo,

y no como dijo la menor, que quería que su madre se fuera para la ciudad de Bogotá con ella.

Con base en ello, esgrime que si bien el comportamiento tanto de la madre, como de la menor, se alejó de lo que aseveraron por fuera del mismo, diáfano resulta que la consecución de los hechos, se dieron cuando ella aun contaba con 13 años de edad, siendo clara al manifestar que varios de los vejámenes sexuales se dieron con anterioridad al 23 de enero de 2015.

Cuestiona que la judicatura diera por sentado la materialidad del hecho con el informe de valoración sexológica, no obstante, discrepar del análisis realizado por la a-quo, quien centró su atención exclusivamente en la circunstancia fáctica del 23 de enero de 2015, obviando los otros momentos en los cuales la infante mencionó que había sido objeto de atentados contra su libertad, integridad y formación sexual.

De otro lado, reprocha la credibilidad que se dio en punto al dicho de la menor frente a la existencia de un novio de nombre José Luis apodado “el negro”, persona sobre la que se indagó acerca de su existencia, tal como lo dio a conocer en el foro público el investigador del CTI, Fabian Antonio Restrepo Naranjo, descartando con ello, la coartada elevada por la menor a efectos de sacar exculpante al señor Suarez Cogollo, quien se mostró evasiva a la hora de dar explicaciones sobre el supuesto novio, al tiempo que su mamá fue enfática en manifestar que nunca lo conoció, confrontación que fue ratificada por el

procesado, quien tampoco conoció de la relación sentimental de la menor.

Finalmente aludió a que en el caso de que existiera el supuesto novio, ello no descarta la existencia de las ofensas sexuales a las que fue sometida en más de dos oportunidades – contrario a lo planteado en el fallo - por el procesado.

Asimismo, indica que el testimonio de la menor lógicamente buscaría favorecer al procesado, por lo que no es prueba suficiente para llegar a la conclusión que sobre el tópico extrajo la primera instancia, peticionando la revocatoria de la decisión, para en su lugar, condenarlo por los hechos acusados.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

5.2. Problema jurídico

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió en yerros de apreciación probatoria el Juzgado de primer nivel al momento de valorar las pruebas habidas en el proceso, con las cuales erradamente consideró que no se cumplían los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado Omar de Jesús Suarez Cogollo?

Para poder resolver el problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, la Sala necesariamente debe tener en cuenta que la controversia planteada gira en torno de establecer el grado de credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por la víctima "S.M.C.", que para el Juzgado de primer nivel si bien fue absoluta, solo se alcanzó a comprobar un evento de acceso carnal para el momento que la menor contaba con catorce años de edad; cuando ya había salido del amparo de protección constitucional en atención a su capacidad volitiva y desarrollo sexual, desapareciendo de esta esfera el abuso preestablecido en el tipo penal y que demanda la protección efectiva del bien jurídicamente tutelado; significando lo anterior que no se pudo demostrar más allá de toda duda razonable la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Para asumir una posición frente a lo anterior, será necesario abordar la temática relacionada con las reglas probatorias aplicables en el uso de las declaraciones previas, dentro de las cuales se encuentra las declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio, esto es, valoración del testimonio en caso de retractación.

En lo que respecta a las declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio, tema desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal² sobre el cual se expuso:

Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para **facilitar el interrogatorio cruzado de testigos** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio).

Previamente, se hace necesario recordar tres ideas centrales para el entendimiento de esta temática.

En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “*resultare conveniente para la preparación del juicio*”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “*en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a **confrontación**³ y contradicción...*”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “*únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir*”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los

² CSJ, SP 25 ene 2017, rad. 44950

³ Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen "prueba documental", "elemento material probatorio" o de cualquier otra forma.

Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si el cambio de denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agust. 2016, Rad.43916, entre otras).

Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866, entre otras).

En lo correspondiente a que un testigo al comparecer a la audiencia de Juicio Oral cambie su versión inicial, es un fenómeno frecuente que lógicamente genera problemas

probatorios nada fáciles de solucionar, lo cual ha dado lugar a debates que no son ajenos al estudio jurisprudencial del Órgano de Cierre en materia penal, que establece algunas pautas a fin de adelantar la evaluación de este tipo de testimonios.

Así se explica en la sentencia penal emanada de la Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 2013, radicado 34134:

“...el acontecer cotidiano enseña que no son pocas las ocasiones en que un testigo –directo o indirecto- asegura haber observado o escuchado un hecho o narra lo referido por otro acerca del tema, para luego, en cambio, negar tal conocimiento. Este comportamiento humano ha sido estudiado clínicamente por la ciencia psicológica al examinar los procesos de funcionamiento de la memoria llegando a establecer que “los motivos por los que una persona decide retractarse son muchos. Alguien puede retractarse por miedo, por un caso de conciencia o porque se halla en un gran estado de confusión (...)”⁴.

En el mismo sentido, se predica que:

“(...) a los motivos por los que un individuo se retracta hay que unir los que a ese mismo individuo lo llevaron antes a la denuncia, que también son varios. Se puede testimoniar para acusar, a otros o a sí mismo, para cooperar con la policía; normalmente se testimonia para que un crimen no quede impune. Y al testimoniar, se puede decir la verdad o mentir. Los motivos de la retractación varían de acuerdo a los motivos que llevaron a hacer una cierta declaración durante el testimonio”⁵.

Y en cuanto a las pautas a que hacemos mención, en la jurisprudencia reseñada, se recuerda la línea que ha mantenido el órgano de cierre colegiado de tiempo atrás acerca de que la valoración probatoria no implica descartar de plano la versión inicialmente conocida ni tampoco acoger indefectiblemente la última, por lo cual se ilustra:

⁴ MAZZONI, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Editorial Trotta. Madrid. 2010. p. 134.

⁵ Op. Cit.

“La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. "En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso" (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras).”⁶

este criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2000, radicación 13.407, la Sala predicó: “

(...) Es que ni siquiera la retractación del testigo, como lo ha expresado la Sala, es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo que ha sostenido en sus afirmaciones precedentes, o que conduzca a su descrédito total, sino una circunstancia que debe llevar al establecimiento del motivo de las versiones opuestas, el cual debe ser apreciado por el Juez para determinar si le otorga credibilidad a alguna de ellas y con qué alcances, naturalmente teniendo en cuenta las demás pruebas del proceso.⁷” (Subrayas fuera del texto original).

Con igual cometido, ha precisado que no es necesariamente viable otorgar mérito a la primera o a la última de las declaraciones entregadas por un testigo, sino que mediante un proceso lógico se debe escoger la que involucre contenidos de credibilidad verificables a través de otros medios de convicción, lo que además se logrará determinando cuál fue la causa racional para que el deponente se apegara o faltara a la verdad en uno u otro momento”.

Ese razonamiento de análisis que tiene como arista primordial la aplicación de las reglas de la sana crítica, ya había sido definido por la Sala de Casación Penal en otrora⁸, mismo que fue reiterado en decisión de esa misma anualidad⁹ en los siguientes términos.

⁶ Sentencia del 15 de junio de 1999, radicación 10.547

⁷ Cfr. sentencia de la Sala del 25 de mayo de 1999. Radicación 12.885.

⁸ SP del 2 de febrero de 2011, radicado No. 26347

⁹ SP del 13 de abril de 2011, radicado N° 30894

“Ahora, atinente a la retractación, positiva o negativa, el intérprete de la prueba no puede contentarse con advertir, en esa verificación matemática ajena a la sana crítica, que las distintas versiones contrapuestas se eliminan y, entonces, la sola manifestación del fenómeno impone desechar lo dicho.

No. La sana crítica obliga del funcionario judicial examinar las distintas aristas, intrínsecas y extrínsecas, que gobiernan las varias versiones, para ver de extractar cuál de ellas lleva la verdad, en el entendido que siempre una y otra atestaciones obedecen a determinada motivación y en alguna, por lo general, se halla la verdad”.

Más adelante¹⁰, la Corte adujo además como uno de los criterios a tener en cuenta cuando se escoge la última de las versiones, el siguiente:

“De ahí que la retractación sólo pueda ser de recibo para el funcionario cuando la reflexión llevada a cabo respecto de ésta permita concluir que corresponde a un acto natural, franco y serio de quien lo hace y por, sobre todo, cuando lo expuesto a última hora por el testigo sea creíble y guarde armonía con las demás comprobaciones del proceso”.

Ulteriormente, el mismo órgano colegiado, en decisión posterior¹¹ explica:

“El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del

¹⁰ SP del 27 de noviembre de 2013, radicado No. 39311.

¹¹ SP del 11 de julio de 2018, radiado SP2709-2018, 50637, que reitera varios apartes de la SP del 25 de enero de 2017, radicado 4495026.

raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos”.

Añadiendo, además:

“Como lo anterior se estableció en un caso donde la declarante era mayor de edad, deben hacerse las siguientes precisiones frente a los casos de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas: (i) según se indicó en precedencia, la Fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad; (ii) cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos, que deben ser considerados en la planeación del caso; (iii) el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia; (iv) para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo; (v) esta oportunidad debe garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores; y (vi) si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia, porque encaja en la definición del artículo 437 y, además, por la completa imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Así, mientras en la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala se pronunció sobre la posibilidad de incorporar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, cuando se trata de niños que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves, incluso cuando estos son presentados como testigos en el juicio, en esta oportunidad se aclara que ello puede hacerse a título de prueba de referencia o de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio (“testimonio adjunto”), lo que dependerá, en esencia, de que el menor esté disponible como testigo, esto es, que pueda ser interrogado y contrainterrogado sobre lo que expresó con antelación, sin perjuicio de las cautelas que deben tomarse para garantizar su integridad”.

Aterrizando al caso concreto, y siendo favorable la decisión de fondo adoptada en la primera instancia para la situación jurídica del procesado, la verificación legal debe realizarse conforme a los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, que indican que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas acopiadas a lo largo de la etapa de conocimiento.

Conforme a ello, para alcanzar la solución del problema jurídico planteado, se realizará una valoración de lo sucedido en la audiencia de juicio oral y las pruebas aportadas en ella.

De manera inicial, se encuentra un bloque testimonial tanto de la madre de la menor como de su hija y, por otro lado, se cuenta con las declaraciones de aquellos profesionales de la salud física y mental que atendieron el caso a instancias de la denuncia presentada por la señora Ana Ludis - madre de la menor víctima- y de la investigación penal que desencadenó la causa que ahora se conoce.

Si bien, teniendo en cuenta los alcances jurídicos que usualmente hacen espinoso la conducción de un juicio oral que involucra la comisión de delitos de índole sexual y más cuando las víctimas son menores de edad, la problemática en este caso, se centra en la actitud procesal que asumen los testigos que inicialmente sirven de respaldo para que el Estado active su

aparato jurisdiccional con base en una hipótesis, pero que a la hora de confrontar directamente a la persona acusada en una audiencia pública y oral, se presentan situaciones disimiles que obligan a revalorizar o al menos a variar la estrategia que puedan utilizar las partes.

Tal planteamiento es distintivo de la dinámica del sistema procesal de corte acusatorio fijado en la Ley 906 de 2004, que deja de lado principios como el de permanencia de la prueba, para que adquiera dicho valor únicamente la que se introduzca en la audiencia final de juicio al amparo de principios como el de contradicción y confrontación, donde se define la responsabilidad penal de quien haya sido objeto del proceso.

Consecuencia de tal análisis, los declarantes pueden asumir, entre otras, las siguientes posiciones: i) Comparecer al estrado y sostener la versión que en principio se dio a conocer a las autoridades ii) Desligarse y evadir el interrogatorio argumentando no acordarse de lo sucedido iii) Asistir al foro público y no testificar o iv) Presentarse y retractarse de la versión inicial.

En el caso de marras, la actitud procesal que asumen la víctima SMC y su madre Ana Ludis Cogollo, se acercan más a los últimos eventos a que hacemos alusión, lo que obliga a determinar qué repercusiones se producen en cuanto al conocimiento que se requiere para atribuir responsabilidad al acusado.

Y para dilucidar este aspecto, la Sala desde ya dirá que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el opugnante en la alzada, pero por razones opuestas a las conclusiones a las que arribó el juzgado de primera instancia, por cuanto, de un análisis de lo atestado por la menor S.M.C, se tiene que existían plausibles razones para dudar de la credibilidad de sus dichos debido a que:

a) La ofendida, frente a lo acaecido, incurrió en incongruencias e inconsistencias en sus declaraciones; b) En la actuación no existe prueba alguna que corrobore o ratifique lo atestado por la víctima, y por ende sus dichos se encuentran huérfanos e insulares en el proceso.

Para poder llegar a la anterior conclusión, la Sala inicialmente efectuará un análisis del testimonio absuelto por la menor S.M.C en el devenir del juicio, del cual fielmente, expuso:

Defensora de familia: alguna vez alguien, cualquier persona que no sea tu mamá ¿ha tocado esas partes íntimas de tu cuerpo?

Testigo: si

Defensora de familia: ¿sin tu consentimiento o con tu consentimiento?

Testigo: consentimiento

Defensora de familia: ¿tú querías que eso sucediera?

Testigo: si

Defensora de familia: puedes darme el nombre de la persona que toco tus partes íntimas con tu consentimiento

Testigo: JOSE LUIS

Defensora de familia: ¿quién es José Luis?

Testigo: mi novio

Defensora de familia: ¿cuántos años tiene JOSE LUIS más o menos?

Testigo: por ahí ya 20 años

Defensora de familia: donde vivía JOSE LUIS

Testigo: vivíamos en el mismo barrio en ese momento, vivíamos en rio grande

Defensora de familia: ¿qué tan cerca de tú casa vivía?

Testigo: a dos cuadras

Defensora de familia: conoces al señor OMAR DE JESUS SUAREZ

Testigo: si

Defensora de familia: alguna vez OMAR DE JESUS SUAREZ ¿ha tocado las partes íntimas de tu cuerpo?

Testigo: no, no lo ha hecho

Defensora de familia: la relación que tenías con JOSE LUIS ¿tu mamá sabia de ella?

Testigo: no lo sabía

Defensora de familia: ¿cuándo se enteró?

Testigo: el día que paso lo sucedido, que me he retractado, ya que le dije la verdad

Defensora: ¿cuéntame de que te retractaste?

Testigo: porque me di cuenta de todo lo que había pasado, entonces me sentí mal y comencé a decirle toda la verdad a mi mamá.

Defensora de familia: sarita yo quiero que me cuentes que es lo que había pasado, no te entiendo

Testigo: si no es que un tiempo, unos días me di cuenta que al señor OMAR lo habían metido preso por lo que dije.

Defensora de familia: ¿qué fue lo que dijiste?

Testigo: que había abusado de mi

Defensora de familia: ¿por qué lo dijiste?

Testigo: porque yo quería buscar una forma de irme con mi mamá, porque no quería que siguiera viviendo con él, por sus hijas que ellas me molestaban mucho, me trataban muy mal, y yo le ponía las quejas y no hacían nada, entonces yo busque esa forma para irme con mi mamá de aquí pero no sabía que iba a llegar hasta esto

Defensora de familia: Sarita yo inicialmente te hice una pregunta de con quién vivías, yo quiero nuevamente volvértela a hacer, antes de vivir en Bogotá con tu mamá con quien vivías.

Testigo: antes de yo irme la primera vez, vivía con mi mama y el señor OMAR, después que nos fuimos para haya un tiempo, después regresamos también y nos quedamos viviendo un tiempo

Defensora de familia: ¿dónde vivías con el señor Omar?

Testigo: en currulao

Defensora de familia: tu novio, con el que manifiestas que tuviste relaciones sexuales con el, ¿dónde vivía?

Testigo: en rio grande

Defensora de familia: perfecto, sin ninguna otra pregunta señora juez.

Juez: señor fiscal desea continuar con el interrogatorio mediante preguntas adicionales.

Fiscal: si su señoría pero para efectos de organizar el cuestionario voy a tomarme un pequeño receso

Defensora de familia: continuó entonces con las preguntas que tiene la fiscalía para proponer, todas las encuentros validas, procedo a realizarlas, bueno sarita vamos a continuar con las

preguntas en la misma dinámica, dime cuantos años tenías cuando viviste en currulao con tu mamá y con el señor OMAR DE JESUS

Testigo: 12 años

Defensora de familia: cuéntame exactamente ¿quiénes Vivían dentro de tu casa cuando vivías en currulao con el señor OMAR DE JESUS y tu mamá?

Testigo: mi hermana Gisela Cogoyo, mi mamá, el señor Omar y yo

Defensora de familia: ¿cuánto tiempo vivió el señor Omar dentro de la casa de currulao con tu hermana, tu mamá y tú?

Testigo: 1 año

Defensora de familia: en qué momento le contaste a tu mamá que el señor Omar había abusado de ti

Testigo: ha principio de enero del 2014

Defensora de familia: yo quiero que me narres exactamente como le contaste a tu mamá que el señor Omar había abusado de ti

Testigo: le dije que él estaba tocándome, haciéndome cosas indebidas pues ella de la rabia y todo eso reacciono muy mal, hasta me maltrato y luego trato de hacerle algo a él también

Defensora de familia: a quien más le contaste que el señor Omar había abusado de ti

Testigo: a más nadie

Defensora de familia: ¿nunca le contaste a tu hermana?

Testigo: no

(...)

Fiscal: Sara nos mencionaste que tú le contaste a tu mamá, le hiciste unas manifestaciones que el sr Omar había abusado de ti, dentro de lo que nos mencionaste dijiste que él le había hecho unas cosas indebidas

Sara: si

Fiscal: Quiero Sara que tu hagas memoria y trates de contarnos que fue lo que tú le dijiste a tu mamá, ¿qué historia tú le contaste a ella?

Testigo: La verdad yo no recuerdo mucho

Fiscal: ¿no te acuerdas?

Testigo: no, ya ha pasado mucho tiempo

Fiscal: Sara cuando tú le contaste a tu mamá que el señor Omar hacía cosas indebidas, que estaba haciendo cosas indebidas, ¿cuál fue la reacción de tu mamá?

Testigo: fue un poco agresiva.

Fiscal: ¿Contigo o con el sr Omar?

Testigo: Con Ambos

Fiscal: y ¿ella se presentó a alguna institución con usted?

Testigo: no

Fiscal: ¿no sabes o no lo recuerdas?

Testigo: no lo recuerdo.

Fiscal: ¿tú recuerdas si como consecuencia de esta historia que le contaste a tu mamá te llevaron a una comisaría de familia?

Testigo: si creo que si

Fiscal: ¿crees o estas segura de ello?

Testigo: no estoy muy segura

Fiscal: y además de esa comisaría de familia te llevaron a alguna otra institución

Testigo: No

Fiscal: ¿fuiste presentada en algún hospital con tu mamá en razón de esa historia?

Testigo: si

Fiscal: ¿dónde fuiste, que recuerdas?

Testigo: me llevo al hospital a hacerme un examen a ver si había sido tocada

Fiscal: ¿recuerdas quién te hizo ese examen?

Testigo: no

Fiscal: ¿recuerdas Sara si ante esa persona que te hizo el examen tú le contaste la historia que le contaste a tu mamá?

Testigo: si

Fiscal: y esa historia que le contaste a tu mamá, y le contaste a la otra persona que no tienes muy claro ¿fue en la comisaría?

Testigo: si

Fiscal: esa historia que tú contaste en comisaría y en el hospital ¿es la misma historia que nos has contado hoy?

Testigo: no

Fiscal: ¿qué recuerdas tú de esa historia que le contaste a tu mamá y la que nos contaste hoy?

Testigo: no recuerdo

Fiscal: ¿cuándo fuiste con tu mamá ante esas autoridades recuerdas tu haber suscrito algún documento?

Testigo: no

Fiscal: ¿para esa época tu sabias leer y escribir?

Testigo: si

Fiscal: ¿tu mamá siempre te acompañó en las oficinas donde estuviste?

Testigo: si

Fiscal: nos contaste que la historia que dijiste haya no es la misma que nos dijiste hoy, ¿y por qué no es la misma?

Testigo: no me acuerdo muy bien, pero no había dicho la verdad en ese entonces

Fiscal: yo quisiera que tú nos contaras esa historia que le contaste a tu mamá

Testigo: no la recuerdo

Fiscal: Sara ya has tenido la oportunidad de leer la entrevista que se te hizo anteriormente ¿pudiste leer?

Testigo: si, ya

Fiscal: luego de leer la entrevista, ¿recordaste lo que le habías contado a tu mamá?

Testigo: si

Fiscal: ¿nos puedes decir que fue lo que tú le narraste a tu mamá sobre los hechos que te habían pasado con el señor Omar?

Testigo: le dije que él me hacía oraciones, me colocaba el brazo detrás, me lastimaba, me decía que si gritaba me hacia el brazo más duro hacia atrás, y a mí el brazo me comenzaba a doler, muchas cosas más, me acorde más de eso ya se me está olvidando el resto

Fiscal: nos dijiste Sara que le contaste parte de esto a tu mamá y luego le contaste otras cosas, ¿eso es cierto?

Testigo: si

Fiscal: ¿Sara ya pudiste acordarte de lo que le habías contado a tu mamá?

Testigo: si ya recordé

Fiscal: ¿cuéntanos entonces que fue lo que tú le contaste a tu mamá?

Testigo: le conté que una vez que había salido para la iglesia y yo estaba sola en la casa, estaba viéndome una película, entonces Omar desde la pieza de mi mamá me llamo y me dijo que fuera, yo fui, me lanzo a la cama, me cogió del brazo me lo puso en la espalda, me dolió, y me dijo que esa eran una de las maneras que el tenia para hacer sufrir a la gente, se quitó la gorra puso los brazos detrás y comenzó a hacer una oración, entonces yo me sentí mareada y después que me hizo el daño, llego mi mamá y me pregunto qué pasaba y yo de lo mareada que me sentía no le supe responder, ya no sé qué más.

Fiscal: Sara esos hechos en cuantas oportunidades se presentaron, usted le indico a su mama ¿Cuantas veces habían ocurrido esos hechos con el señor Omar?

Testigo: parece que sí, parece que fueron dos que le dije

Fiscal: cuando tú mencionas acá que se presentaban estos hechos, ¿qué otras personas habían en tu casa ese día?

Testigo: mi hermana se había ido para donde mi otra hermana.

Fiscal: es decir de acuerdo a lo que le contaste a tu mamá, ¿estaban ustedes solos en la casa?

Testigo: si

Fiscal: cuando tú le cuentas a tu mamá estos hechos que te había sucedió con el señor Omar, ¿qué tiempo había ocurrido de su ocurrencia?

Testigo: no recuerdo

Fiscal: ¿cuándo le contaste a tu mamá la ocurrencia de los hechos?

Testigo: después de que ella se da cuenta es que yo le dije, ella cuando yo le dije sobre el hecho ella pensaba que pasaba algo.

Fiscal: en algún momento tu mamá ¿llegó a pesar que te estaba pasando algo con el señor Omar?

Testigo: ella presentía o no sé, no sé si ella sospechaba algo, no lo se

Fiscal: ¿para esa época tu mamá a que se dedicaba?

Testigo: ama de casa

Fiscal: ¿su mamá permanecía constantemente en su casa?

Testigo: no también tenía un negocio

Fiscal: ¿y donde estaba ubicado el negocio?

Testigo: en una esquina, a dos cuadras de la casa

Fiscal: ¿y el señor Omar a que se dedicaba?

Testigo: trabajaba en finca

Fiscal: ¿y el señor Omar a qué hora llegaba a la casa?

Testigo: veces llegaba a las 3 o 4 de la tarde

Fiscal: cuando él llegaba ¿su mamá estaba en la casa?

Testigo: no, en la tienda

Fiscal: ¿tú te llegaste a quedar sola con el señor Omar en la casa?

Testigo: a veces

Fiscal: ¿cómo era el comportamiento del señor Omar cuando te quedabas sola en la casa?

Testigo: él nunca me insinuó nada, pero yo fui la que le inventé muchas cosas a mi mamá

Fiscal: ¿y en qué momento usted decidió inventar esas cosas a su mamá?

Testigo: porque ahí habían llegado las hijas de él, me trataban mal y yo siempre le decía, les colocaba las quejas, pero nunca me prestaban atención, entonces yo busque la manera de decir todo eso para que mi mamá se fuera conmigo.

Fiscal: cuéntenos Sara en qué momento llegan estas personas que tu mencionas a la casa.

Testigo: no recuerdo la fecha

Fiscal: y quienes llegaron

Testigo: llegaron 3 hijas

Fiscal: y ¿cuánto tiempo duraron en la casa?

Testigo: no recuerdo

Fiscal: cuando tú decides contarle esta historia a tu mamá, ¿cuánto tiempo más vivió el señor Omar en su casa?

Testigo: a los poquitos días, no sé, porque ese tiempito yo estuve en la casa de mi hermana con mi mamá, mientras mi mamá hacía las vueltas los exámenes con la fiscalía

Fiscal: dentro de las manifestaciones anteriores nos dijiste que tenías un novio ¿es cierto?

Testigo: sí

Fiscal: ¿tú le habías contado a tu mamá sobre ese novio?

Testigo: no

Fiscal: ¿cuánto tiempo duro ese noviazgo?

Testigo: aproximadamente como un mes

Fiscal: para cuando ocurrieron esta historia que tú le contaste a tu mamá, ¿le habías dicho que tu tenías un novio?

Testigo: no

Fiscal: ¿en qué momento su mamá se da cuenta que usted que tenía novio?

Testigo: ella se dio cuenta ya en estos momentos que comencé a retractarme de todo, que comencé a decirle la verdad, de que no me había pasado nada

Fiscal: y en qué momento tú te das cuenta de que esta persona el señor Omar, ¿había estado en un problema de estos?

Testigo: cuando habíamos llegado de Bogotá

Fiscal: ¿cuándo llegaste de Bogotá?

Testigo: llegue el año pasado en julio

Fiscal: ¿qué te contaron, que te dijeron sobre esto?

Testigo: mi mamá me había dicho cuando estaba trabajo, que lo cogió la policía, y me sentí un poco mal por eso después fue que le dije toda la verdad, que él no me había perjudicado

Fiscal: ¿y le mencionaste entonces que no había sido el que había sido otra persona?

Testigo: sí

Fiscal: ¿qué persona?

Testigo: fue un novio que tenía, se llama JOSE LUIS

Fiscal: ¿alguien más sabía de ese noviazgo que tu tenías?

Testigo: no

Fiscal: ¿nunca le contaste a nadie sobre ese noviazgo?

Testigo: no, a nadie

Fiscal: ¿por qué tú decides contar esta historia, porque mencionas que las cosas fueron diferentes, que no habían sido así?

Testigo: porque me sentí muy mal, porque lo hayan cogido a sí, por que él era inocente, no me había dicho nada

Fiscal: ¿para esa época ya no vivías con él?

Testigo: no

Fiscal: ¿cuánto hacía que no vivías con Omar?

Testigo: no sé, cuando me fui para Bogotá que al tiempo llegue fue que me di cuenta que ya lo habían agarrado

Fiscal: ¿y te dista cuenta entonces por parte de tu mamá?

Testigo: de mi mamá

Fiscal: cuando tú te das cuenta que el señor Omar está detenido, ¿su madre todavía tenía algún tipo de relación con el señor Omar?

Testigo: no

Fiscal: ¿cuánto hacía que había terminado esa relación?

Testigo: desde el momento en que yo le había contado que me había perjudicado, desde ahí no tuvo más contacto con él.

Fiscal: la actitud de tu mamá frente al conocimiento que tuvo de la detención del señor Omar ¿cuál fue?

Testigo: ella estaba un poco feliz porque yo no le había dicho en ese entonces la verdad.

Fiscal: cuando estos hechos que tú le contaste a tu mamá de los hechos que se dieron, ¿cómo era la relación suya con el señor Omar?

Testigo: pues bien, nunca fue un mal padrastro

Fiscal: ¿cuándo tiempo llevabas tú viviendo con el señor Omar antes que llegaran las hijas que mencionaste?

Testigo: no recuerdo

Fiscal: ¿más o menos cuanto tiempo vivieron las hijas del señor Omar con usted en la casa?

Testigo: me parece como un mes.

Fiscal: tú nos has mencionado acá que antes de que el señor Omar te perjudicara supuestamente, el hacía unas oraciones, ¿tu recuerdas algo sobre eso?

Testigo: parece que sí, pero eso era mentira.

Fiscal: esta persona que tú has mencionado el día de hoy con quien tuviste relaciones, háblame de él ¿quién era esa persona?

Testigo: era un amigo muy cercano, yo lo fui conociendo mucho, él era una persona que no era grosera, estudiaba.

Juez: vamos a hacer acá un paréntesis que el representante de victimas está anunciando que debe retirarse del recinto, entonces para esos efectos, para autorizarlo, esto es una audiencia pública entiendo que son las 12:36 pm. Pero todos estamos haciendo un esfuerzo, si el representante de víctimas en este momento a abogado salir de la audiencia hay que dejar la constancia al respecto.

Fiscal: no me has dicho el nombre completo de él, ¿dónde vivía, quienes son sus padres, donde lo ubico?

Testigo: no sé quiénes son sus padres, yo siempre lo veía solo o en la escuela, su apellido no me lo sé, solo sé que se llama José Luis no recuerdo el apellido

Fiscal: ¿dónde era que vivía?

Testigo: en rio grande por los lados del "tancon", así se le decía eso por ahí

Fiscal: ¿eso era cerca de tu casa?

Testigo: cerca

Fiscal: ¿esa persona era reconocida por tu familia

Testigo: si

Fiscal: ¿qué sabe de esa persona en este momento?

Testigo: no sé nada

Fiscal: las relaciones que tu tuviste que nos has mencionado ¿no fueron con el señor Omar?

Testigo: no, fueron con José Luis

Fiscal: su señoría la fiscalía no va a realizar más preguntas, no va a insistir más con este testimonio

Del anterior relato, respecto del testimonio absuelto por la menor S.M.C en el devenir del juicio, del cual se extrae lo siguiente:

Uno de los hechos que relata la menor, hace referencia a una oportunidad, cuando su mamá había salido para la iglesia, Omar desde la pieza de su mamá la llamo, por lo que cuando llegó, la lanzó a la cama, le sujeto el brazo poniéndoselo en la espalda, se quitó la gorra y comenzó a hacerle una oración, sintiéndose mareada, después "me hizo el daño", entró su

progenitora a la casa, pero como estaba muy mareada, no supe responderle.

- No se conoce el aspecto fáctico de la segunda ocasión, a la que fue sometida sexualmente por parte de su padrastro.
- Sostuvo relaciones sexuales con un novio de nombre “José Luis”.
- Aduce que su relato es producto de su invención, y la justificación que suministra la relaciona con un acto de retaliación o venganza en contra del acusado producto de la rabia que le generó, el que las 3 hijas de aquel, estuvieran viviendo con ella, generándose multiplicidad de rencillas entre ellas
- Fue insistente en asegurar que los señalamientos en contra de Omar de Jesús, se presentaron por la necesidad que ella tenía de salir de ese hogar, para trasladarse a la ciudad de Bogotá – donde residen sus consanguíneos - en compañía de su mamá.

Al momento de ser la testigo sometida al contrainterrogatorio por parte de la Defensa, expuso que:

Defensora: ¿qué te motivo a ti a cambiar la versión inicial por la versión que estás dando el día de hoy?

Testigo: me sentí muy mal al ver que le estaba pasado eso a él, viendo que no era cierto

Defensora: ¿el señor Omar te ha amenazado a ti o te ha hecho o dicho algo en contra de ti o tu mamá o tus hermanos para que cambies la versión?

Testigo: no, no lo ha hecho

Defensora: ¿José Luis quien manifestaste fue tu novio tiene algún sobre nombre o apodo?

Testigo: no

Enunciado lo anterior, iniciemos por analizar lo sucedido con la víctima, en tanto que su actitud en juicio, llevó al Fiscal a incurrir

en algunos errores de estrategia que tornaron complejo el trámite.

Es de anotar que el delegado del ente instructor, en cuanto al uso de declaraciones anteriores, que puede estar dirigido, por un lado, a facilitar el interrogatorio cruzado de testigos con fines de refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad, y por otro, el uso de esas declaraciones como medio de prueba, evento éste último en el que tiene la posibilidad de ingresar como prueba de referencia o como una declaración anterior inconsistente con lo que el testigo declara en juicio.

Para el caso, el señor Fiscal no fue claro en su objetivo a la hora de utilizar la declaración anterior de menor SMC, contenida en su denuncia; si lo era como un elemento para facilitar su interrogatorio o como un medio de prueba. Igualmente, en cuanto a la primera finalidad, tampoco fue claro el señor Fiscal en su pretensión, puesto que anunció como objetivo el refrescamiento de memoria, pero el interrogatorio apuntó claramente en dirección a impugnar la credibilidad de su propia testigo, aun cuando, a la final, no se incorporó el documento, pues simplemente, se recurrió a apartes puntuales del mismo, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de lectura. En ese orden, el fiscal delegado no adelantó el trámite para que la declaración inicial de la menor SMC, se constituyera en prueba o medio de prueba, por inconsistencia con lo que la testigo estaba declarando en juicio.

Entonces, si lo pretendido era poner en evidencia la retractación, lo lógico era introducir la otra versión conocida contenida en la denuncia, para que el juez cuente con los dos medios de prueba a efectos de hacer una valoración comparativa entre la declaración anterior y la rendida en el juicio.

En ese orden de ideas, no se encuentra razón alguna por la cual la declaración inicial de la víctima no hace parte de la foliatura de la carpeta digital, pues no aparece registro ni en el audio ni en actas, que permitan establecer que, sobre dicho elemento probatorio escrito, se haya adelantado el trámite de incorporación como fundamento de la inconsistencia entre la denuncia y el testimonio rendido en juicio.

Advertido lo anterior, no puede la Sala estimar las confrontaciones que alega el censor en su escrito, pues tal elemento nunca ingresó al plenario, tal como lo ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹², en los siguientes términos:

“Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que **“únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial”¹³.**

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el

¹² CSJ, SP 25 ene 2017, rad. 44950

¹³ Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso". (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, al cotejar el testimonio de la ofendida con lo que en el pasado ella había declarado en una entrevista, de la cual solo ingresaron al proceso algunos apartes, la Corporación encuentra algunas incoherencias, las que, de una u otra forma, mermarían la credibilidad de lo atestado por la víctima.

Entre dichas incongruencias, incoherencias y contradicciones, a juicio de la Sala, descollarían las siguientes:

De lo dicho por la agraviada no se sabe cuándo tuvo lugar la realización de los hechos, porque en su testimonio la ofendida adujo que le comentó su mamá "que una vez que había salido para la iglesia y yo estaba sola en la casa, estaba viéndome una película, entonces Omar desde la pieza de mi mamá me llamo y me dijo que fuera, yo fui, me lanzo a la cama, me cogió del brazo me lo puso en la espalda, me dolió, y me dijo que esa eran una de las maneras que él tenía para hacer sufrir a la gente, se quitó la gorra puso los brazos detrás y comenzó a hacer una oración, entonces yo me sentí mareada y después que me hizo el daño, llego mi mamá y me pregunto qué pasaba y yo de lo mareada que me sentía no le supe

responder, ya no sé qué más”¹⁴. Pero luego, manifestó que le manifestó muchas otras cosas a su mamá, las cuales no recordaba.

La declarante en su testimonio expuso que los abusos de su padrastro hacia ella se presentaron en dos oportunidades, sin embargo, en su deponencia solo referenció un hecho, del cual, tal como lo manifestara, se retractó por ser falaz la que en su momento armó. Nada se mencionó del segundo insuceso.

Respecto a la forma como ocurrieron los hechos, en su testimonio la testigo expuso que la cópula a la que señaló como “el daño”, se presentó un día que su padrastro la rezó y ella se mareó, no dio detalles sobre si en efecto, aquel la accedió, o la manera como se desarrolló la penetración, pues no recordaba nada de lo sucedido. Sin embargo, es consciente que cuando llegó su mamá le dijo cosas, sin recordar lo acaecido.

Otra situación que no cuenta con explicación lógica, es aquella que indica que su padrastro la sometió, colocándole los brazos sobre su espalda, pero seguidamente en su deponencia, revela que él se colocó las manos en la espalda y le hizo un rezó, como se explica entonces, que aquel la tuviera sometida con sus manos sobre su espalda, entonces no estaba diezmada, porque no la estaba agarrando.

Por otra parte, al cotejar lo declarado por la víctima S.M.C con el resto de las pruebas habidas en el proceso, observa la Sala

¹⁴ Audiencia de juicio oral de fecha 17 de julio de 2017. Min. 1:48:32

que lo atestado por la menor agraviada no encuentra ningún tipo de corroboración, si nos atemos a lo siguiente:

Del contenido de lo declarado por su madre Ana Ludis Cogollo, se desprende que ella narró lo que su hija le contó, y fue tal su enojo, que agregó circunstancias en su narrativa inicial, tal como lo reconoció en la vista pública, como la condición de guerrillero de su ex pareja, y ello con la única finalidad de vengarse de aquello que supuestamente había realizado en contra de la integridad y formación sexual de su hija S.M.C además de ello, siempre fue diáfana al afirmar que el señor Omar de Jesús nunca estaba a solas con su hija, pues ella era muy celosa y no le gustaba que permanecieran en solitario, a tal punto, que en varias oportunidades los vigiló, sin ver nada extraño entre ellos.

Asimismo, en su declaración explicó que su denuncia se debió a lo percibido y transmitido por su hija S.M.C, explicando:

Fiscal: Específicamente señora Ana Ludís ¿qué es lo que la llevo a usted a denunciar?

Testigo: Lo que me lleva a denunciar fue porque yo le hice el examen, se le hizo el examen en medicina legal, y no estaba señorita, y si yo le pregunto quién fue y me dijo que él, yo a él lo denuncié doctor, porque a quien más iba a buscar yo si no sabía nada, me dijo él y a él denuncié, porque yo hago lo que la hija mía me dice al instante, es él y podía ser mi pareja y yo lo había querido mucho a él, pero ella dijo que fue el, y yo a él denuncié.

Fiscal: cuando su hija le dice que había sido Omar el que había tenido relaciones sexuales con ella, que había sido el quien la había perjudicado, ¿ella le conto como sucedió eso, esos hechos, y donde sucedieron esos hechos?

Testigo: No doctor, ella en el instante no me contó cómo sucedieron las cosas, ella me decía que era el, que la jalaba, que le colaba un oración y se embobaba, que yo no sé qué cosa, y yo de eso me base y yo por eso actué como actué, porque eso me decía ella y yo así actué, le doy gracias a mi Dios, que

cuando le enterré ese destornillador le cogí fue carne y no lo mate, porque si no la que estuviera en la cárcel fuera yo.

Fiscal: Y su hija le llevo a mencionar a usted, ¿cuántas veces había ocurrido eso?

Testigo: yo le pregunte que, si él la estaba molestando más antes, y me dice que sí, que, si la molestaba, pero entonces cuando ya las cosas se aclararon que a él lo cogieron yo me contente, y ella me dijo mami eso fue mentira, porque yo me contente el día que a él lo cogieron, y me dijo toda la verdad.

(...)

Fiscal: ¿lo que su hija le cuenta ahora también se lo cree?

Testigo: también se lo creo, porque ella sabe de parte y parte lo que paso, y ahora me pide perdón por que me ha visto bien llevada sufriendo de aquí para allá, entonces ella se retracta, dice que la perdone porque me ha visto sufrir, porque yo vivía bien antes con el señor, yo le dije porque me mentiste me dice que ella no quería más que estuviera con Omar porque me tenía de cachifa y no me valoraban

(...)

Fiscal: en toda esta historia que le comento su hija, ¿le llevo a mencionar a usted si el señor Omar le había llegado a hacer algún tipo de amenaza por los posibles abusos de los que había sido objeto?

Testigo: en el instante de los problemas ella si me dijo, yo la amenace y le dije que por que lo había hecho, me dijo que porque él le ponía disque secretos, que él se quitaba la gorra por lo que ella me decía, pero en vista después de lo que me dijo yo le pregunto otra vez, me dijo porque mamá ya le había echado mentiras y no sabía cómo salirme, y ahora le estoy diciendo la verdad, si me va a pegar pégueme pero le estoy diciendo la verdad.

Fiscal: esas mentiras que su hija le echo sobre esas amenazas ¿usted recuerda en qué términos se las hizo?

Testigo: yo no recuerdo en que termino porque si se las fue a ella, no en presencia mía pero ella me dijo que disque tenía una pistola en la finca y que si no mataba a los papás míos, fue lo que dijo ella en sus palabras, que me dice ahora después que eran puras mentiras, que lo que me decía era para que me dejara con él y me fuera porque estaba aburrida con las hijas de el

Fiscal: ¿en algún momento su hija hizo manifestaciones en las cuales perteneciera en algún grupo armado ilegal o algo?

Testigo: no eso lo invente yo para que lo metieran más rápido preso, yo dije que el pertenecía a un grupo de la guerrilla, porque yo quería que me pagara lo que me había hecho, eso lo invente yo misma.

La doctora Yacira Córdoba Mena en su calidad de Psicóloga adscrita a la comisaria de familia, únicamente declaró sobre lo que la menor le dijo respecto de lo acontecido y de la atención psicológica que le brindó a la víctima; lo cual se encuentra consignado en el informe de valoración psicológica, adiada el 19 de febrero de 2015. En su deponencia explicó:

Fiscal: ¿que recuerda usted en relación a esa valoración ese test mental que realizo con relación a esta joven?

Testigo: la niña llega un poco nerviosa, llorosa y se estabiliza, se le logra la aplicación del test a ver si se ubica en tiempo y en espacio, el cual arrojo un puntaje de 28 puntos que da cuenta que no presenta ningún deterioro cognitivo, que está orientada en tiempo espacio y lugar, el test mini-mental tiene que ver con el cálculo fijación recuerdo inmediato, lenguaje, tiempo y espacio

Fiscal: ¿de acuerdo a eso de ese puntaje llego usted a alguna conclusión con esta menor?

Testigo: si señor fiscal la niña en el momento que yo la evalué no presentaba ninguna alteración de tipo cognitivo, estaba ubicada en tiempo lugar espacio y con un lenguaje coherente y asertiva para su edad.

Fiscal: ¿recuerda usted de esa valoración que le conto esta menor sobre los motivos sobre los cuales usted debía valorarla?

Testigo: específicamente no recuerdo detalles, pero dentro de la entrevista individual que se le realiza a todo paciente valorado, desde el área de psicología manifestaba que había sido abusada sexualmente pero los detalles no recuerdo específicamente

(...)

Fiscal: pudo usted establecer en ese test a que se debía su comportamiento

Testigo: la valoración que yo le realice a la evaluada fue relacionada a unos hechos ocurridos y una situación específica por eso, y de acuerdo a su estado psicológico cuando llego le aplique dos herramientas, primero para ver si tenía alguna alteración en su estado mental y segundo para para ver si tenía alguna alteración a nivel emocional o comportamental, relacionado con esos hechos ocurridos que se presume relacionados con un abuso sexual, el test es muy específico y evalúa la última semana.

Fiscal: ¿a qué conclusión llegó usted luego de valorar a esta joven?

Testigo: que la evaluada presentaba una ansiedad extrema, dada por unos elementos presentados en la última semana relacionados con el llanto, la concentración

En el contrainterrogatorio, argumentó:

Defensor: nos podría manifestar ¿este cuadro de ansiedad extrema puede ser causado por qué motivos?

Testigo: la ansiedad extrema da por muchas situaciones en un paciente puede ser por la ausencia de un ser querido, una elaboración de duelo, puede ser por una situación específica de pareja siendo un adulto, pero en este caso es específico con relación a una adolescente y que se valora con relación a unos hechos que se presumen pues, en este caso un abuso sexual que fue remitido desde la SIJIN en este caso la valoración que to hice, el motivo de consulta fue por un presunto abuso sexual

Defensor: ¿esta ansiedad puede ser causada por otras circunstancias?

Testigo: claro la ansiedad es una patología, es un trastorno o una alteración mental, pero en este caso específico yo estoy haciendo una valoración, una evaluación por un motivo de la consulta que me están solicitando y es por un presunto abuso sexual

Defensor: manifestaba que dentro de su despacho han realizado alrededor de 100 valoraciones, podría contar si alguna de estas valoraciones puede llegar alguno de estos menores a faltar la verdad

Testigo: yo no evaluó realmente verdad o mentiras, yo estoy evaluado el estado de salud psicológica que me están remitiendo, conozco de instrumentos que evalúan la verdad y no de una persona si no de un testimonio, de unos hechos relacionados, pero la verdad nunca me ha tocado un caso específico

En ese orden, para la profesional en Psicología, la ansiedad se deriva de distintas situaciones, enfocándose en el dicho de la menor para derivar el estado en tal acontecimiento, sin que se logró establecer con certeza que tal situación ocurrió o no, pues en este punto, para la Corporación el estado anímico de la S.M.C, es derivado del enteramiento repentino por parte de su progenitora de que había perdido su virginidad, circunstancia, que pudo explicar en primera medida inculpando a Omar de

Jesús y en diligencia de juicio oral, achacando tal condición, al noviazgo que sostuvo con José Luis.

Recuérdese, además que la señora Ana Ludis Cogollo, en su deposición fue enfática en señalar que su hija le contó lo sucedido debido a los golpes que aquella le propinó, refiriendo además que, en un principio, ya le había dicho otra mentira respecto de lo sucedido. Percibamos lo que dijo la madre de la menor en su testimonio:

Fiscal: luego de que usted se entera que ella no era señorita como lo ha mencionado, ¿qué otras explicaciones le dió sobre que ella ya no era señorita?

Testigo: en el instante me decía que era el señor, cuando yo me di cuenta que el de medicina legal me dijo ya no está señorita y yo le dije dígame la verdad, y él me dijo no ya eso está viejo no es ni de ahorita me dijo el de medicina legal, yo no me acuerdo de más na porque a mí me dio un yeyo en el hospital porque el de medicina legal me agarro y me sentó en una silla y no me acuerdo de más nada, a mí se me fueron las luces en el instante

Fiscal: ¿qué explicaciones le dijo su hija de cómo había sucedido?

Testigo: yo tuve que masacrarla para que ella me dijera, porque cuando me estaba dando algo, me había dicho una mentira, entonces termino con lo que ya me había dicho, y mucho después fue que ya me dijo la verdad

Fiscal: su hija le conto eso que nos acaba de mencionar, ¿antes de llevarla al centro de salud o después de llevarla?

Testigo: cuando estábamos en la casa, que yo dije que la iba a llevar para el médico, fue que me dijo así, entonces le dije vamos a llevarte al médico a ver si es verdad, y ella se colocó a llorar y ahí fue que ella me dijo, y yo la lleve al centro de salud pero ahí no me la atendieron y me dijo que la trajera a medicina legal a turbo y ahí fue que la traje.

A la sazón, el estado de ansiedad de la menor puede ser consecuencias de múltiples causas, como el hecho que su mamá se enterara que ya no era virgen, los golpes que aquella le propinó, la represalia que podía tomar en su contra, entre otras variables, que pueden indicar tal estado anímico.

Por su parte, el médico forense Carlos Oquendo Moreno, declaró sobre el examen sexológico que le practicó a la víctima el 18 de mayo de 2015, la anamnesis y los resultados del mismo, lo cuales consistieron en que la examinada presentaba en el himen un desgarramiento antiguo de más de 10 días. Refirió que fue la madre quien relató lo sucedido, al tiempo que la menor lloraba. Refirió que posteriormente al preguntarle a la menor por lo sucedido, ella refirió que el 23 de enero de 2015, Omar la llama a la habitación, la tira en la cama, hace un rezo, le sube la falda y le baja el interior y la penetra sin preservativo y no sabe si eyaculó. Después de esto, le dice que debe guardar silencio y si no lo hacía que recordara que él tenía un revólver en su lugar de trabajo. El otro suceso, se presentó el 10 de febrero, pero en esta ocasión no alcanzó a realizar ningún acto porque su madre llegó. Cuando la menor relata ambos sucesos presenta llanto.

En este punto surge un interrogante para la Sala, teniendo en cuenta que la madre de la menor fue la que realizó el relato, se desconoce la realidad de las fechas por ella mencionadas, máxime porque ya en otra oportunidad, tal como lo aseguro aquella en su deposición, ya había mentido, para que a Omar de Jesús lo capturaran. Asimismo, tal relato, no se compadece con lo expuesto por la menor en lo poco que se conoció de la entrevista inicial y de lo señalado en la diligencia de juicio oral, donde no se relacionaron términos frente a los sucesos, tanto por parte de la menor, la progenitora y la psicóloga Yacira Córdoba Mena.

Un análisis de las anteriores pruebas, nos enseña, como ya se dijo con antelación, que las mismas en momento alguno ratifican lo atestado por la menor "Y.N.M.M.", cuyos dichos prácticamente se encuentran huérfanos en el proceso, porque, pese a ser cierto que Ella presentaba una desfloración antigua a nivel del himen, lo que era indicativo que desde hacía más de diez días había sostenido relaciones sexuales, ello en ningún momento corrobora la versión de la víctima respecto a que el procesado haya sido la persona con quien la agraviada sostuvo ese o esos pretéritos ayuntamientos carnales.

Ahora bien, se podría decir que lo declarado por la menor agraviada, de una u otra forma se encontraba corroborado por las anotaciones consignadas tanto en el informe psicológico como en el informe sexológico. Pero para la Sala tal hipótesis no puede ser de recibo por cuanto lo consignado tanto en el informe de psicología como en la anamnesis del informe pericial, los cuales debe ser considerado como una prueba de referencia, por cuanto se trata de una información que la víctima les brindó a los profesional en psicología sobre lo acontecido con la persona que abusó sexualmente de ella, lo cual no les consta para nada a la profesional en psicología Córdoba Mena, y en lo que respecta al informe sexológico, el relato deviene en lo narrado por la madre de aquella, que no por la misma víctima, con los interrogantes puestos de presente en el párrafo anterior.

De otro lado, se duele el delegado del ente persecutor, el hecho que no se valorara el testimonio rendido por el investigador de policía judicial, Fabian Antonio Restrepo Naranjo, para quien en su sentir, la existencia del supuesto novio de nombre José Luis es una coartada para sacar adelante al señor Omar de Jesús por el delito que fuera inculcado anteriormente, sin embargo, la Colegiatura no comparte tal razonamiento, pues no es que se evidencie la inexistencia del ciudadano de nombre José Luis, por el contrario, lo palmario fue que aquél por los pocos datos que tuvo para ubicar a tal persona le fue difícil encontrarla a pesar de que una persona de nombre Saulo le aseveró que si conocía a un muchacho de nombre José Luis con las características que él indicara, sin embargo, a dicha persona no la pudo contactar. Notemos:

Fiscal: ¿porque no se pudo ubicar?

Testigo: por la falta de información, y en el vecindario nadie dijo que lo conocía

Fiscal: y además de ese nombre José Luis, la madre de la menor o la menor ¿sabe usted si apporto otro dato de la ubicación de ese sujeto?

Testigo: lo único que me dijeron fue que la última vez que lo habían visto era en rio grande hace como 2 años y que no se habían vuelto a ver

Fiscal: ¿se mencionó quien era José Luis?

Testigo: no me dijeron bien con las características exactas, yo estaba convencido de que lo iba a encontrar por haya, pero en las investigaciones que se hicieron no se logró ubicar

Fiscal: ¿específicamente usted recuerda donde estuvo indagando por esa persona que se quiso mencionar como José Luis?

Testigo: en varios sectores de rio grande se hizo como un recorrido por el corregimiento ahí cercano porque ellas decían que vivía ahí cerca de la avenida principal, entonces dio más o menos un punto que era entre la entrada de nueva colonia y la principal que va de aquí hacia apartado, y por todo ese sector se averiguo y a las personas que se preguntó dijeron que no lo conocían.

Fiscal: se le dijo como era el señor José Luis

Testigo: a mí sí me dijo el señor que cuando lo viera era morenito de estatura media de contextura regular y que cuando llegara donde traían los plátanos en ese sector de nueva colonia dijo que me avisaba, pero yo lo llame varias semanas, estuve tras esa pista de esa persona.

Fiscal: ¿la señora madre de la menor le menciona como era el señor José Luis?

Testigo: yo no recuerdo si ella me menciona, me acuerdo es lo que me dije el señor ese, don Saulo

Fiscal: ¿quién le menciona un José Luis fue un señor Saulo?

Testigo: si señor

Fiscal: ¿ese José Luis de alguna manera confronto si es el mismo que confronto la madre de la menor?

Testigo: digamos en las verificaciones que se estaban haciendo era con ese fin, pero como no se ubico

Fiscal: ¿nunca determino si el José Luis que le determino el señor Saulo y el José Luis que determino la señora madre de la menor eran la misma persona?

Testigo: no

Al compás de lo expuesto, es evidente que el apelante distorsiona el medio probatorio de carácter testimonial, en la medida que el investigador del CTI, explicó con total claridad y con el debido sustento de su conocimiento la labor que realizó para hallar a la persona de nombre "José Luis", además que no realizó las afirmaciones de la manera como son suministradas por el delegado del ente acusador.

En suma, para la Sala, dándole un espaldarazo a lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, aunque por razones distintas a su raciocinio, lo dicho en los párrafos precedentes es suficiente para concluir que en el presente asunto, contrario a lo reclamado por la apelante, no se cumplían con los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 del C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado Omar de Jesús Suarez Cogollo, porque la Fiscalía soportó su teoría del caso con base en una prueba testimonial única, como lo fue lo

declarado por la víctima "S.M.C" la cual era poco digna de merecer credibilidad, como consecuencia de su orfandad probatoria y de las contradicciones, incoherencias e incongruencias en las que incurrió la menor agraviada en sus dichos.

Al margen de ello, perdió de vista la Fiscalía que no solo se trata de demostrar la identidad de quién es el procesado, sino también y de modo esencial, que esa persona fue quien realizó la conducta que se le atribuye. Si bien quedó demostrado que el procesado no es quien realizó el hecho investigado, también es cierto, que al no estar en rigor probada su participación se presumiría en su contra.

No se trata en modo alguno de que no exista libertad probatoria, que efectivamente rige el procedimiento penal y en consecuencia al de responsabilidad penal, ni de que un solo testimonio no pueda ser plena prueba de la demostración de un hecho o circunstancia; lo que aquí se puntualiza es que con la única atestación recaudada su dicho no encuentra soporte alguno, además de la retractación que hiciera en la vista pública.

En este asunto, a diferencia de lo que opina el apelante observa la Sala que la valoración del material de conocimiento se realizó mediante un análisis hilvanado lógicamente, tanto individual, como en su conjunto, el cual permite concluir que en presente caso no se logra el conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad y participación del procesado en

los delitos endilgados. Son éstas entonces, las objeciones que pueden plantearse al material probatorio que presentó la Fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a Omar de Jesús Suarez Cogollo.

Como se vio, ninguna de ellas logra aportar el fundamento material de una sentencia de condena. En tales condiciones no se encuentra el poder suasorio del material de cargo, el mérito sustancial que reclama la sentencia de condena petitionada por la Fiscalía, como quiera que ante dos o más interpretaciones posibles de los hechos y ante las incoherencias, contradicciones y la exposición en juicio del testimonio de la menor, se impone la duda y esta debe ser resuelta a favor del procesado, resultando forzoso la confirmación íntegramente dicho proveído.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia absolutoria de primera instancia proferida el 23 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMA en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**Con Aclaración de Voto
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**69613af9a0ed82cb019a63128a99075ca45b6259e60b423bd65b9e
040c8b4445**

Documento generado en 03/02/2022 04:14:09 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

ACLARACION DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, presento las razones por las cuales aclaro voto¹:

1. Estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la sentencia absolutoria pero, estimo que la misma se debió soportar en que la fiscalía incurrió en un error trascendente al fijar los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de acusación que afecta el debido proceso y el derecho de defensa.

Tal error se concreta en la falta de precisión en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que al parecer se ejecutó la conducta punible atribuida al señor

Los hechos jurídicamente relevantes constituyen un aspecto medular del proceso penal en punto del derecho de defensa². Tanto así que la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto ineludible una precisa determinación de cuándo, cómo y dónde ocurrió y claro está, quien lo cometió, en calidad de qué se produjo su intervención en el delito y quién es la víctima.

De tal suerte, una adecuada tipificación de la conducta punible requiere el mayor detalle posible en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar y, por supuesto, el autor o partícipe del hecho.

La línea jurisprudencial que ha trazado la Sala Penal de la Corte establece que la adecuada fijación de los hechos jurídicamente relevantes es una obligación de la fiscalía y consiste en realizar una determinación circunstanciada de lo sucedido – qué sucedió, dónde, cuándo, cómo sucedió y por qué sucedió- y de su correspondencia con normas que tienen consecuencias penales.

En el presente asunto, la fiscalía no delimitó con claridad el aspecto temporal, pues soportó los hechos de la acusación en la versión de la víctima y de la denuncia, según las cuales se pudo inferir (sic) por parte del ente acusador que ocurrieron entre

¹ Sala realizada el 3 de febrero de 2022 a partir de las 9:30 am

² Csj, rad. 44599 de 2017; 47.671 septiembre de 2019, 51.007 de 2019, entre otras.

Aclaración de Voto

NI 2021-0033

Acusado: Omar de JESUS Suarez Cogollo

Delito: Acceso carnal abusivo en menor de 14 años y otro.

los últimos meses del año 2013 hasta el 23 de enero de 2015 e indica que se dieron tres situaciones entre abuso y acceso.

De otro lado, la fiscalía omitió detallar las circunstancias de lugar en las que ocurrió el hecho. Sobre esa circunstancia solo dijo que el acusado la abusaba, que en la oportunidad en que la madre de la víctima no le alcanzó a hacer nada (sic) pero que la estuvo besando.

Así la Fiscalía procedió a decir que los hechos ocurrieron en *“el barrio El Progreso del corregimiento de Currulao jurisdicción del Municipio de Turbo, propiamente en la residencia que para la época era ocupada por la menor y su familia”* sin especificar, aquellas circunstancias específicas como en qué lugar de la casa o si sucedían en algún otro lugar , cómo sucedieron.

Ahora, la forma como están narrados los hechos da a entender que la menor *“ en dos oportunidades fue accedida carnalmente por el señor OMAR DE JESUS SUAREZ y en otra oportunidad como se dijo la estuvo besando”*. Sin embargo, no quedó claro cuándo, cómo y dónde ocurrieron esos diferentes eventos de abuso sexual en contra de la menor

El anterior panorama permite afirmar la imposibilidad de un ejercicio pleno del derecho de defensa, pues indefectiblemente el acusado tendría que defenderse de suposiciones totalmente ambiguas y genéricas sobre elementos básicos de los hechos jurídicamente relevantes.

Estas irregularidades evidencian la falta de atención con que la fiscalía, la Juez, e incluso la propia defensa, asumieron el caso, pues bastaba con la simple constatación de los requisitos que impone el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P., para percatarse de las inconsistencias que se proponían en la acusación.

No se puede desconocer que el escrito de acusación no puede quedar al arbitrio del representante de la Fiscalía, pues el artículo 337 del C.P.P. señala los

Aclaración de Voto

NI 2021-0033

Acusado: Omar de JESUS Suarez Cogollo

Delito: Acceso carnal abusivo en menor de 14 años y otro.

presupuestos que se deben cumplir para su redacción. Ahora bien, el artículo 339 ídem faculta a las partes e intervinientes para que en la audiencia de formulación de acusación precisen las observaciones sobre el escrito de acusación si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Correcciones que según el artículo 343 deben ser incorporadas a la acusación, es decir, se tienen como parte inherente a las pretensiones de la fiscalía.

De tal manera, no puede perderse de vista que el Juez de conocimiento debe dirigir la audiencia de acusación conforme lo dispone el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, especialmente el numeral 2. Todo lo anterior de conformidad con la extensa línea jurisprudencial relativa a la relevancia de una adecuada tarea de los operadores judiciales en relación con los hechos jurídicamente relevantes.³

Por tanto, como en primera instancia se absolvió al acusado, en esta oportunidad la decisión no puede ser otra que confirmar esa absolución, principalmente por falta de fijación correcta de los hechos jurídicamente relevantes, sin que sea viable declarar nulidad desde la audiencia de formación de acusación, pues ello implicaría someter a una doble exposición probatoria al acusado y permitir una nueva oportunidad de ejercer la acción penal a la fiscalía luego de que la Juez ya decidió la absolución.

2. De otro lado, y no menos importante dado que es una decisión de Sala, debo expresar mi desacuerdo con la transcripción que se realizó en la decisión a folios 21 a 28, según se indica para el análisis del mismo. En primer lugar, *como lo he reiterado en diferentes proyectos sometidos a estudio*, por expresa prohibición legal (artículo 163 del C.P.P y 279 del Código General del Proceso), no es un tema de

³ CSJ 44599 de 2017 hasta la reciente 47671 de septiembre de 2019 proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Aclaración de Voto

NI 2021-0033

Acusado: Omar de JESUS Suarez Cogollo

Delito: Acceso carnal abusivo en menor de 14 años y otro.

estilo. En segundo término, porque concluida dicha transcripción se dieron las valoraciones correspondientes por tanto se surte el deber de motivar.

Finalmente, no comparto la expresión que incluyó la Magistrada Ponente como asumida por la Sala relacionada con que *“En suma, para la Sala ,dándole un espaldarazo a lo resuelto y decidido por el juzgado de primer nivel...”*⁴ pues la revisión que se hace en segunda instancia es de acierto y legalidad respecto de lo resuelto por el a quo, no de “espaldarazos” a la labor por éste realizada.

Cordialmente,

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero

Magistrada

Sala 004 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

⁴ Folio 43 de la ponencia.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a828b62cd7a67496487a19cd0db27a3273eca7c7a672c7d72e2d62e5696c80c9**

Documento generado en 03/02/2022 02:05:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción Tutela segunda instancia N°03
Radicado: 05837 3104001-2021-00228-00
No. Interno: 2021-1938-2
Accionante: CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI
Afectado: ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ
Accionados: JUZGADO TERCERO PROMISCOO
MUNICIPAL DE TURBO y otros
Decisión: IMPROCEDENTE

Medellín, tres (03) de febrero de dos mil veintidós (2022)
Aprobado según acta No.009

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesta por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami como apoderada judicial de Alejandro Abuchar González contra el fallo No.96 del 29 de noviembre de 2021 emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo-Antioquia mediante el cual negó el amparo deprecado.

¹El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos de la demanda, fueron señalados por la Juez de primera Instancia de la siguiente forma:

“Señaló la abogada CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI en su escrito de tutela que recibió poder por parte de su prohijado, el día primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno 2021, para obrar como abogada de confianza dentro de la investigación penal que adelanta la Fiscalía 25 Seccional Adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Antioquia por la conducta punible de peculado por apropiación en favor de terceros, con radicado N° 05045609915020200015 y siendo las 16:46 horas envió al correo del despacho judicial el mandato judicial conferido, para que se le reconociera personería jurídica y poder actuar en remplazo del anterior abogado JAIRO ÁLVAREZ, quien renunció.

Manifiesta la abogada que su poderdante le informó de la audiencia de formulación de imputación programada para el día dos (2) de septiembre del año en curso, por ello solicitó al Juzgado el aplazamiento de la diligencia, indicando como sustento normativo los artículos 124 y 125, numeral 2, y 8 de los principios rectores y garantías procesales, de acuerdo al literal I del Código de Procedimiento Penal, e informa de la existencia de otra diligencia judicial llevada a cabo por el Juzgado Promiscuo municipal de Santa Fe de Antioquia, en la cual obra como representante de víctimas, y que la audiencia estaba programada previamente para las 9:30 de la mañana.

De otro lado aduce, que el día dos (2) septiembre a las 8:48 AM, recibe del despacho correo electrónico donde se remite el LINK de conexión para la audiencia, si haber emitido el juzgado comunicación alguna, sobre la petición de aplazamiento presentada, por lo cual procede a comunicarse con el secretario del despacho, donde le indicaron que el juez había resuelto negar la petición de aplazamiento, dado que ya se había concedido el aplazamiento a otros abogados y no era posible hacerlo de nuevo, el juez

enviaría el LINK y si no hacia presencia en la audiencia se designaría un abogado de oficio. Teniendo en cuenta lo anterior, envió un nuevo mensaje al despacho siendo las 9:00 AM, solicitando reconsiderase la solicitud, haciendo caso omiso.

Expone la accionante que siendo las 10:26 de la mañana el juez instaló la audiencia de formulación de imputación, su poderdante hizo presencia inicialmente y se desconectó previa comunicación con su defensora, quien le indico que lo hiciera manifestándole que el juez no podía obligarlo a ser imputado en presencia de una abogada de oficio, teniendo abogada de confianza. Ante el suceso siendo 10:35 el juez indica que transcurridos 5 minutos el señor ALEJANDRO ABUCHAR, no se reconectó a la audiencia y no contestó lo llamados que le realizare el juzgado, indicando previamente que la defensa presentó solicitud de aplazamiento para preparar la defensa, negándose la solicitud, aduciendo que posteriormente la defensa reitera la solicitud, rechazándola porque no mencionó en que juzgado tenía audiencia cruzada, además porque la audiencia ya había sido aplazada, finalmente indica que si la defensa persistía en no presentarse en la audiencia, nombraría una abogada de la defensoría, que fue citada previamente por el despacho, para posteriormente indicar que aceptaba la renuncia de la defensora contractual del investigado, quien nunca presento su renuncia, para luego solicitarle a la defensora publica que hiciera su presentación.

Según la accionante el juez indica que en vista que no aceptaba la justificación para solicitar el aplazamiento, daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la contumacia, ya que si el indiciado siendo citado en los términos ordenados por el Código sin causa justificada probada así sea sumariamente, no comparece, se realizará con el defensor que haya designado para su representación en la audiencia, agregando que como el señor ALEJANDRO ABUCHAR se conectó a la audiencia y pese a que se le indicó que la abogada no estaría presente, se desconectó y no volvió a ingresar; y como la norma indica que si el defensor tampoco acude sin que justifique su inasistencia el Juez procederá a designar de la lista suministrada por el sistema nacional de la Defensoría Pública, nombrando a la abogada CIRIS MARÍA ASPRILLA como defensora de oficio.

Por último, manifiesta la accionante que mediante una posición y decisión arbitraria del juez se realiza la formulación de imputación a su poderdante y a otras personas, sin brindarse las garantías procesales y vulneró sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, por lo cual debe decretarse la nulidad de la audiencia de formulación de imputación..."

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de Primera Instancia luego de verificar los requisitos de procedibilidad relacionados con la inmediatez y subsidiariedad, niega el amparo deprecado por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami en favor de su mandante el señor Alejandro Abuchar González, al no avizorar irregularidad de tal magnitud que conduzca a la declaratoria de la nulidad, en tanto la consecuencia negativa que presuntamente se generó con la declaratoria de contumaz del señor ABUCHAR GONZALEZ y, la materialización de aquella audiencia en presencia de defensor de oficio, no constituye en esencia una afectación de tal magnitud que intervenga en el derecho a la defensa y debido proceso.

De igual modo, destacó que la acción de tutela no era el mecanismo ideado para pretender tal nulidad, cuando no se ha agotado todas las instancias procesales existentes para este fin; especialmente cuando el artículo 457 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de acudir a su aplicación en sede de juicio y efectuarse el debido debate que tal figura demanda.

En punto de la presencia de la profesional del derecho, Dra. Ciris María Asprilla Mosquera, designada por el Juez Tercero Promiscuo Municipal de esta localidad, como defensora de oficio del señor **ABUCHAR GONZALEZ**, señala que, es una profesional

del derecho que, veló por los intereses del procesado, cumpliendo el juzgado accionado con lo previsto en el artículo 291 del estatuto procesal penal. Por lo que se garantizó así los derechos que al ya imputado le asisten.

En virtud de lo anterior, dispuso esa Judicatura:

(...)

PRIMERO: NEGAR las pretensiones invocadas por la Abogada CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI, quien actúa en representación del señor ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia..."

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, la doctora **Claudia Carrasquilla Minami** impugna la decisión y la sustenta en los siguientes términos:

(...)

"Resulta contradictorio que frente a la procedencia del estudio de la tutela se refiera a la vulneración de derechos contenidos en sentencias de Corte Constitucional, donde en cuanto al derecho al "debido proceso" se consideren el conjunto de garantías para la protección del sujeto frente a una actuación judicial o administrativa cuando durante su trámite no se respeten las formalidades propias de cada juicio, exigiendo la plenitud de las formas previamente establecidas en la ley con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran inmersos en una relación jurídica, en donde la actuación conduzca a una decisión que afecta al sujeto vinculado y frente al "derecho a la defensa", supone la garantía de poder emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable, donde cada ciudadano debe contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, lo cual lleva implícito la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, controvertir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se tomen.

Ya que estos derechos fueron precisamente desconocidos por parte del juez de tutela, cuando acoge los argumentos del Juez Tercero Promiscuo, que además de falaces, violan caprichosa e irrespetuosamente los derechos del señor Alejandro Abuchar González.

Esta afirmación se fundamenta en que el accionado argumentó que en efecto recibió el día 1 de septiembre de 2021 a las 16:46 un correo en el que se anexaba un poder y la solicitud de un aplazamiento de audiencia, sin ser solicitada por la abogada, si no, por un tercera persona, desconociendo que se trataba de la asistente de la abogada, quien claramente indicó que por disposición de la abogada, se solicitaba el respectivo aplazamiento, dado el cruce de agendas en razón de un audiencia previamente programada dentro de otro caso que se lleva por parte de esta abogada.

Así mismo dijo que no se cumplían los requisitos del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, numeral 2, porque no se está en la etapa del juicio oral; argumento que resulta inadecuado puesto que el artículo mencionado, refiere a los deberes y atribuciones que tiene la defensa, entre los cuales se encuentra el de "disponer de tiempo y medios razonables para preparar la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas", debiendo interpretarse de forma general a todas las etapas procesales; no en forma restrictiva solo para el juicio oral, ya que el título en donde se enuncian los deberes y atribuciones especiales de la defensa son enunciados de manera general en 10 numerales.

De igual manera argumento la Juez de tutela; el dicho del Juez accionado dando por cierto que la solicitud de aplazamiento se hizo dos horas antes del inicio de la audiencia de imputación, desconociendo que se hizo desde el día anterior; donde el Juez inclusive dijo que al llegar la solicitud faltando catorce minutos para el cierre, no le dio trámite si no al día siguiente, lo cual tampoco es cierto, como quedó establecido, ya que no dio respuesta a la petición, limitándose solo a enviar el link de conexión a la audiencia sin obtener respuesta a la petición como lo dispone la Ley 1755 de 2015, artículo 16, parágrafo 1, donde se señala que la autoridad tiene la obligación de examinar integralmente la petición, y en ningún caso la estimará incompleta por falta de requisitos, que no sean necesarios para resolver.

(...)

El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 169 frente a las formas de notificación refiere, que se harán en estrados cuando se trata de sentencias y para los demás casos puede hacerse mediante comunicación escrita por correo, o por el medio más idóneo con el que se cuenta.

Frente a esta normatividad, el Juez, en su comportamiento arbitrario tergiversa y oculta la verdad al decir que la solicitud de aplazamiento fue realizada por un tercero; que en realidad y como se puede establecer de los elementos aportados, el referido fue enviado por la señora Tatiana

Giraldo, quien es asistente de la oficina de la abogada defensora; donde expresamente indicó que en nombre de la abogada Claudia Victoria Carrasquilla Minami, remite el poder y solicita el aplazamiento de la audiencia con el fin de preparar la misma y en razón de la existencia de una audiencia previamente fijada en el mismo horario, situación que desconoce el Juez de Tutela, al simplemente referirse a lo expresado por el accionado en el sentido que no se vulnera derecho al debido proceso y de defensa ya que el indiciado conocía previamente la fecha de audiencia, la advertencia hecha por el Juez en audiencias anterior de tomar decisiones ante un nuevo aplazamiento y que el abogado que asumiera la representación debía recibir la misma en el estado que se encuentra, es decir asistir a una audiencia sin conocer los hechos y en el cual se desconoce la agenda previa que pueda tener el defensor.

Resulta extraño, que tampoco se analice por parte del Juez de tutela, que de lo que se duele el Juez, sea que la petición no fue realizada directamente por la abogada, además de presentarse mediante correo electrónico catorce minutos antes de cerrarse el horario del despacho del día anterior a la audiencia a sabiendas que como se indicó el Juez incurrió en la misma, situación enviando razón telefónica con el citador al teléfono de la asistente de la oficina, sin responder formalmente la petición, soslayando su deberes como autoridad ante quien se presentó la petición, debiendo hacerlo en los términos de ley que así refiere el Código General del Proceso, la Ley 1755 de 2015 ya enunciados.

Constituye esta evidencia enunciada anteriormente que el juez de tutela no analizó los elementos aportados por la defensa, ni los audios de las audiencias solicitadas como prueba; limitándose solo a fundamentar la decisión en los dichos del Juez Tercero accionado, que además de falaces, son violatorios del deber que tienen los jueces de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 139, numeral 5 de la Ley 906 de 204, de atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal.

Por lo anterior queda claro que vulneró el debido proceso consagrados en las normas constitucionales y procedimentales, porque no se actuó conforme a los principios que regulan el proceso penal como es el de legalidad, donde debía actuar con la observancia de las formas propias de cada juicio; al desconocerse la realidad de lo solicitado en tiempo y forma por la defensa, con el fin de llevar a cabo una audiencia que no tiene términos y por tanto podía hacerse en cualquier tiempo; donde el aplazamiento solicitado estaba justificado real y legalmente probado.

La abogada y el imputado no pueden ser castigados con el pretexto que con anterioridad se habían presentado otros aplazamientos, en los cuales de acuerdo a lo que puede escucharse de las audiencias no son imputables al señor Alejandro Abuchar y menos a esta abogada que no hace parte de la bancada de defensa que existía anteriormente, para negar las pretensiones de nulidad por violación del debido proceso y defensa.

El Juez de tutela frente a la petición, se limita lacónicamente a decir que como el señor Alejandro Abuchar González sabía con anticipación la fecha de la audiencia, debió realizar la sustitución del defensor de confianza con antelación; además que el defensor que recibió el mandato de representación, debía asumir el caso en el estado que se encontraba, sin dar oportunidad a prepararse para afrontar la audiencia de imputación, que si bien es cierto es un mero acto de comunicación, también es cierto que es el pilar del proceso adelantado contra el señor Abuchar González.

Frente a la contumacia no hace el respectivo análisis jurisprudenciaj, ni normativo en torno a la aplicación del mismo, como se argumento en la tutela, limitándose a decir que violaría el debido proceso y el derecho a la defensa si se hubiera omitido localizar al indiciado, además que el mismo tenía conocimiento de la fecha de la respectiva audiencia.

Resulta extraño y fuera de contexto el argumento del Juez de tutela, al referir que la contumacia estaba ajustada a la ley, porque se había hecho una adecuada notificación de la fecha de la audiencia, cuando este no es el fundamento de inconformidad de la defensa, la cual como se ha insistido proviene del desconocimiento a una solicitud de aplazamiento, la cual se encontraba debidamente justificada, como inclusive lo refiere la norma del artículo 291; ya que es claro que la contumacia tiene unos requisitos específicos para darle aplicación, como el carácter excepcional, ya que luego de agotados todos los mecanismos de citación se pudiera concluir que el indiciado no quiere comparecer a la audiencia y es precisamente este hecho puntual uno de los aspectos en lo que constituye la violación al debido proceso y defensa; ya que en ningún momento quedó establecido que el indiciado no quisiera comparecer a la audiencia, ya que inclusive el Juez accionado en su argumento indicó que decide declararlo contumaz ante el hecho de haberse negado a conectarse a la audiencia, luego de solicitarle que debía comunicarle a su abogada que negaba la solicitud de aplazamiento y ante la ausencia de esta, designó una defensora de oficio, que 'casualmente se encontraba en el despacho del Juez"

Frente al hecho quedó claro que previamente y con justa causa se solicitó en debida forma el aplazamiento para la audiencia de imputación, la cual el Juez no lo aceptó, sin notificar la decisión dentro de los términos de ley, justificando que las peticiones, son simples peticiones a las que el Juez no está obligado a responder.

La contumacia es la medida más extrema con la que vulnera el derecho al debido y proceso y a la defensa, por cuanto desconoce que el Juez Tercero accionado, tenía previo conocimiento del motivo de solicitud de aplazamiento, imponiendo en forma arbitraria la realización de la audiencia con un abogado de oficio que no hizo respetar los derechos del indiciado, ya que al menos debió comunicarse a fin de establecer la razón por la cual su abogada de confianza no podía asistir, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Procedimiento Penal es claro al señalar que la defensa estará a cargo del abogado designado libremente por el

imputado y a falta de este por un defensor asignado por el sistema nacional de defensoría pública.

Solo el defensor principal puede sustituir la designación a otro abogado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 906 de 2004, donde inclusive el Juez en audiencia interroga al sujeto si reconoce la representación del abogado designado, lo cual fue desconocido tanto por la defensa oficiosa, como por el Juez.

El Juez de tutela debió tener en cuenta que si realmente el señor Alejandro Abuchar González, era renuente a comparecer al proceso el Fiscal del caso hubiese iniciado una acción de declaratoria de persona ausente a fin de evitar dilaciones injustificadas: lo cual no podía hacer porque sabía que siempre estuvo atento a los requerimientos del despacho, donde inclusive previamente cuando estaba representado por otro defensor de confianza fue ofrecido en interrogatorio, lo cual queda demostrado en la respuesta que da el Fiscal cuando es vinculado a la acción de tutela, quien se limita a pedir que no se conceda el derecho, por cuanto el Juzgado actuó correctamente, realizando las respectivas citaciones en cumplimiento de la norma, debiendo entonces analizarse si era cierto que el indiciado se había negado a comparecer sin justa causa, debió hacerlo en varias oportunidades y manifestarlo el Fiscal, debiendo de oficio a declararlo personas ausente para poder formular imputación ante su renuencia.

Hay lugar a una contradicción del Juez de tutela cuando refiere que la tutela no es el mecanismo para reclamar los derechos vulnerados por cuanto se tienen oportunidades procesales de solicitar nulidades, como el momento en que se realiza la audiencia de formulación de acusación, recordando que indico para conocer de esta acción que de acuerdo a los pronunciamientos en sede de tutela, la petición procedía porque cuando hay excesos de la justicia, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, pueden hacerse mediante éste mecanismo.

Así mismo menciona que la nulidad que se encuentra regulada en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, cuando hay violación al derecho a la defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, como en el caso de la presente acción de tutela, ya que se desconocieron los requisitos para la declaratoria de contumacia, tanto por el Juez accionado, como el Juez de Tutela, al admitir y justificar como renuencia, que es el requisito esencial para la aplicación de dicha disposición, el hecho que el indiciado en la referida audiencia pese a haber ingresado inicialmente, luego no haya vuelto a ingresar, frente a la recomendación de la abogada de no asistir, por cuanto no lo podía representar al existir un trámite previo de solicitud de aplazamiento, debidamente justificado..."

En vista de lo anterior, solicita se acojan los planteamientos esbozados, y en consecuencia se decrete la nulidad de la audiencia de formulación de imputación.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2. Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, invocados por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami como apoderada judicial de Alejandro Abuchar González, debiéndose decretar la nulidad desde la audiencia de formulación imputación efectuada en contra de su mandante el día 2 de septiembre de 2021 dentro del proceso con radicación final 2020-00151; o si, por el contrario, hay lugar a confirmar el fallo de primera instancia al no cumplirse con el requisito de procedibilidad de subsidiariedad .

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De cara a la impugnación presentada por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami quien actúa como apoderada judicial de Alejandro Abuchar González, advierte esta Corporación que su pretensión en está encaminada a la declaratoria de la nulidad de la audiencia de formulación de imputación realizada a su prohijado el 2 de septiembre de 2021 dentro de con radicado 050016099150202000151, ello al no haberse aceptado la solicitud de aplazamiento incoada por ésta ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, realizándose la misma con la asistencia de la doctora Ciris María Asprilla Mosquera—defensora pública— en aplicación a lo dispuesto en el artículo 291 del C.P.P.

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales, de suerte que, debe verificarse en primer lugar, si la acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, que, entre otras decisiones, dispuso en la sentencia SU- 332 de 2019, lo siguiente:

(...)

“Reglas jurisprudenciales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

5. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidas las autoridades judiciales.

En desarrollo de este precepto, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 previeron la posibilidad de que cuando los jueces emitieran decisiones que vulneraran garantías fundamentales, las mismas fueran susceptibles de

control por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la **Sentencia C-543 de 1992**^[55] declaró la inexecutable de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

6. No obstante, en tal declaración de inexecutable, esta Corporación también estableció la doctrina de las vías de hecho, mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por actos u omisiones de los jueces, que implica la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental.

En esa medida, a partir de 1992 se permitió la procedencia de la acción de tutela para atacar, por ejemplo, sentencias que se hubieran basado en normas inaplicables, proferidas con carencia absoluta de competencia o bajo un procedimiento ajeno al fijado por la legislación vigente. Tales vías de hecho fueron identificándose caso a caso^[56].

7. Más adelante, esta Corte emitió la **Sentencia C-590 de 2005**^[57], en la que la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en los términos de los avances jurisprudenciales que se dieron en ese interregno. En dicho fallo, la Corte diferenció dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: (i) requisitos generales de procedencia, con **naturaleza procesal** y (ii) causales específicas de procedibilidad, de **naturaleza sustantiva**.

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la **Sentencia C-590 de 2005** buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la **procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional**^[58]; (ii) **que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance**^[59]; (iii) **que se cumpla el principio de inmediatez**^[60]; (iv) **si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso**^[61]; (v) **que se identifiquen, de manera razonable, los**

hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales⁶²¹ y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela⁶³¹.

(...)

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos⁶⁷¹ en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela⁶⁸¹. Producto de una labor de sistematización, en la **Sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

- **Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- **Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- **Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- **Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.
- **El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Ahora, con relación al **agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios** como condición previa para acudir a la acción de tutela en sede del requisito de procedibilidad de subsidiariedad, indicó la Corte constitucional², lo siguiente:

“El requisito de subsidiariedad. La interposición oportuna de los recursos ordinarios y extraordinarios como condición previa para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, la acción de tutela constituye un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial al cual puede acudir cualquier persona para asegurar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que defina la ley.

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”²¹¹. En ese sentido, en principio, le corresponde al interesado agotar todos los medios judiciales ordinarios 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

² Sentencia T-237 de 2018

no son idóneos ni eficaces para superar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados.

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 (...)”^[22], 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.

En la Sentencia C-590 de 2005, esta Corporación precisó que, en virtud del requisito de subsidiariedad, es “deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos”, pues, [d]e no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.

Al respecto, la misma jurisprudencia constitucional ha precisado que “(...) cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia (...)”^[23].

Bajo esa misma línea, se ha hecho especial hincapié en que “[L]a acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”^[24].

En este orden de ideas, el incumplimiento del requisito de subsidiariedad deviene en que el amparo constitucional resulte improcedente contra providencias judiciales cuando, entre otras cosas, se utilice para revivir

etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico^[25].

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-032 de 2011, precisó lo siguiente:

“Así, a la luz del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Igualmente, la jurisprudencia tampoco ha consentido el ejercicio de la acción de tutela como el último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para proteger los derechos presuntamente vulnerados”. (Subrayado fuera del texto).

En el mismo sentido, esta Corporación ha establecido que “(...) es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios”^[26].

Ahora bien, y para efectos de lo que ocupa la atención de la Sala, es preciso recordar que en el escenario de la tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha sido claro en señalar que las reglas generales de procedencia de la acción de amparo deben seguirse con especial rigor^[27]. **Lo anterior, so pena de desconocer no solo el principio la autonomía judicial, sino también, los principios de legalidad y del juez natural como elementos fundamentales de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.**

En suma, de la aplicación del requisito de subsidiariedad surgen las siguientes conclusiones: (i) la acción de tutela no es un mecanismo judicial diseñado para reemplazar los medios ordinarios de defensa, ni para reabrir procesos concluidos, ni revivir términos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada de la parte interesada. Ello, sin perjuicio de que, en cada caso, (ii) se verifique si acudir a los medios

ordinarios o recursos comporta una carga desproporcionada para el actor, ya sea, por su falta de eficacia e idoneidad a la luz de las circunstancias particulares, o cuando se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable y este sea alegado por la parte interesada.

Sobre esas bases, le corresponde al juez constitucional verificar con particular atención el cumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, para con ello, determinar la procedencia de las acciones de tutela que se interpongan contra decisiones judiciales..." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Acorde con los hechos de la tutela, el señor Alejandro Abuchar González fue vinculando formalmente a una investigación penal mediante audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el día 2 de septiembre de 2021 dentro del proceso con radicado 050016099150202000151 por el delito de peculado por apropiación y otros, pretendiendo la accionante la nulidad de la citada actuación, toda vez que, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia declaró contumaz a su prohijado y realizó la audiencia con la asistencia de una defensora pública, situación que considera violatoria del derecho de defensa y del debido proceso, en tanto ese despacho no aceptó la solicitud de aplazamiento de la citada audiencia, realizada por ésta el día anterior.

Bajo este panorama y de cara a la jurisprudencia citada en precedencia, advierte esta Corporación que, en el presente amparo **no se cumple con el requisito de procedibilidad de subsidiariedad**, en tanto se trata **de un proceso que se encuentra en curso**, y este tipo de solicitudes(nulidad) deben ventilarse al interior del mismo, ejerciendo dentro de éste todos los medios de defensa a su alcance; por lo que, en modo alguno el juez de tutela puede adoptar decisiones paralelas a las del funcionario competente dentro de la actuación judicial ordinaria que se encuentra en trámite; sin que sea posible en la presente actuación establecer la tutela como

mecanismo principal, al no haber acreditado la accionante la **consumación de un perjuicio irremediable**.

En punto de la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando el proceso se encuentra aún en trámite, indicó la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2019, lo siguiente:

(...)

“4. El requisito de subsidiariedad. Improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el proceso se encuentra aún en trámite y no se han agotado todos los medios de defensa judicial

(...)

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 (...)”^[49], 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.

De hecho, el carácter subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido señalado por la Corte desde sus primeros pronunciamientos. Así, en la sentencia C-543 de 1992 se sostuvo que “tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (...) **Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido** en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...) tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso (...)”^[50].

Esa decisión fue reiterada en la sentencia SU-622 de 2001 y posteriormente en la sentencia C-590 de 2005, en la cual esta Corporación precisó que, en virtud del requisito de subsidiariedad, es “deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos”, pues, “[d]e no ser así, esto es, de asumirse la

acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.

Al respecto, la misma jurisprudencia constitucional insistió que “(...) cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, **no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia (...)**”^[51]. Y es que el carácter subsidiario y residual de la tutela surge del deber de “colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia” (art. 95-7 superior), y hace parte de la obligación de preservar la institucionalidad como medio para asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

4.4. Ahora bien, para efectos del asunto que ocupa la atención de la Sala, es preciso recordar que en el escenario de la tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha sido claro en señalar que las reglas generales de procedencia de la acción de amparo deben seguirse con especial rigor^[52]. Lo anterior, so pena de desconocer no solo el principio la autonomía judicial, sino también, los principios de legalidad y del juez natural como elementos fundamentales de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

A partir de ello, esta Corporación ha identificado tres causales que conllevan a la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: que (i) el asunto esté en trámite; (ii) no se hayan agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y, (iii) el amparo constitucional se utilice para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.” NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia fechada del 29 de noviembre de 2021, pero por las razones esbozadas en la presente decisión.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, fechada del 29 de noviembre de 2021, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**48ee4cd20ef02068546bb75d1879d4a64956e95eba1ada28c3ddccbd3
abf77b7**

Documento generado en 03/02/2022 04:17:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado	2022-0125-3
CUI	050002204000202200026
Accionante	Herica Yanides Cárdenas Ortiz
Accionados	Presidencia de la República
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Remite por competencia

**Medellín, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)
Aprobada mediante Acta N° 025 de la fecha**

Sería del caso avocar conocimiento dentro de la presente acción de tutela, pero se observa que el trámite del presente asunto corresponde a otra autoridad judicial, por las siguientes razones:

Herica Yanides Cárdenas Ortiz, impetró la acción de tutela de la referencia en contra de la **Presidencia de la República**, la **Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación** y la **Agencia para la Renovación del Territorio**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, debido proceso, mínimo vital e igualdad.

Del contenido de la demanda, se extrae que la accionante, amparada en la reforma agraria integral contemplada en el acuerdo final de los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, y la entrada en vigencia del Decreto Ley 896 de 2017, adelantó los trámites necesarios para ser parte del proyecto piloto en el municipio de Briceño – Antioquia, sobre el programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícitos, empero, 2 años después le informaron verbalmente que por ser parte de otro programa gubernamental denominado *familias guardabosques*, su núcleo familiar quedaba por fuera del proyecto sobre cultivos ilícitos.

Con base en lo anterior, se tiene que la presunta vulneración de los derechos

fundamentales alegados por la parte accionante, fue generada exclusivamente por los problemas de ingreso informados al programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícitos de que trata el Decreto Ley 896 de 2017, por lo que en razón de las normas que regulan la acción de tutela, surge evidente que el trámite constitucional debe adelantarse por el Consejo de Estado.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen las reglas para el reparto de la acción de tutela, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, que a su vez varió el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, y ahora modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, que en el numeral 12 modificadorio indica que las acciones de tutela promovidas en contra de *“las actuaciones del Presidente de la República, incluyendo las relacionadas con seguridad nacional, así como, las actuaciones administrativas, políticas, programas y/o estrategias del Gobierno nacional, autoridades, organismos, consejos o entidades públicas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, al Consejo de Estado.”*

En ese sentido, al pretenderse el pronunciamiento respecto la presunta vulneración de derechos fundamentales ocasionada por **Presidencia de la República**, la **Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación** y la **Agencia para la Renovación del Territorio**, dentro del marco de las políticas y estrategias del Gobierno Nacional y que se encuentra relacionada con erradicación de cultivos ilícitos, la asignación para conocer de este asunto en primera instancia recae sobre el Consejo de Estado

Por tanto, se **DISPONE** remitir inmediatamente el expediente a la Secretaría del Consejo de Estado a fin de que se realice el correspondiente reparto para lo de su competencia. De igual forma se **ORDENA** informar al accionante de la decisión adoptada por este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e0ecc9627f96b0980a68bb1142990822790c187b7a433d40c38ea7a78e60dde6

Documento generado en 03/02/2022 11:13:45 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Radicado: 2021-1976-4

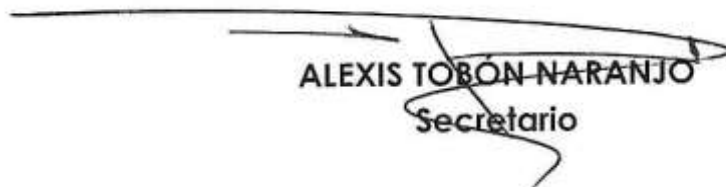
Accionante: Rafael Antonio Lamar Benavides

Accionado: Juzgado 2° de E.P.M.S de El Santuario, Antioquia

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado **PLINIO MENDIETA PACHECO** expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹; mismo que se interpone dentro de término legal, teniendo en cuenta que el trámite de notificación culminó el pasado 27 de enero de 2022.

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos corren desde el día 28 de enero de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 01 de febrero de 2022.

Medellín, febrero dos (02) de dos mil veintidós (2022)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivos 18 y 19

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, enero veinte (20) de dos mil veintidós (2022)

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante señor **RAFAEL ANTONIO LAMAR BENAVIDES**, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8bef781be708136477eb132d6a85624c145fd259559da5ecb069b806c4f1c420

Documento generado en 02/02/2022 02:05:59 PM

CARRERA 52 NRO. 42-73, PISO 27, OFICINA 2701.
232 5569 -232 0868

secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**