



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tribunales n.º 2

Radicación No. 108635

Bogotá, D.C., diciembre diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019).

Conforme a las previsiones establecidas en el Decreto 1983 de 2017, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, y en el reglamento interno de esta Corporación, se asume el conocimiento de la acción de tutela promovida por DARÍO SERNA MONCADA, en calidad de agente oficioso de ALBERTO SERNA MONCADA, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia y el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Fe de Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Ahora, como quiera que de la situación fáctica se torna necesario, y en aras de integrar en debida forma el contradictorio, se vincula al presente trámite constitucional a todas las partes e intervinientes dentro del proceso con radicado 052406100159201708004.

Entérese a las autoridades accionadas del contenido de la tutela y de esta decisión para que ejerzan su derecho de defensa dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación del presente proveído.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Señores:

H.H. MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA PENAL

BOGOTA D.C.

1
10025
SECRETARÍA SALA PENAL

22 folios - 600
f. 100

Corte Suprema Justicia

ASUNTO: ACCION EXCEPCIONAL DE TUTELA CONTRA PRODIDENCIA JUDICIAL DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA Y EL JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE SANTA FE DE ANTIOQUIA.-

DARIO SERNA MONCADA, identificado con c.c. nro. 8.424.080, Expedida en TURBO ANT. Obrando como agente oficioso del señor **ALBERTO SERNA MONCADA**, con quien tengo vinculo de consanguinidad como quiera que soy su hermano, por medio del presente escrito, atentamente les manifiesto que interpongo **ACCION EXTRAORDINARIA DE TUTELA**, para amparar el derecho al debido proceso que le fue vulnerado por el **H. TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala Penal, cuyo Ponente fue el H. **MAGISTRADO DR. RENE MOLINA CARDENAS Y POR EL JUEZ PROMISCOUO MUNICIPAL DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, por haber dictado ellos sendas Providencias Judiciales dentro del proceso que se le lleva en contra a **ALBERTO SERNA MONCADA** por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años ,dentro del radicado.05240610015920178004, en donde al interponerse el recurso de apelación contra auto que negó unas pruebas a la defensa, subió al **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** quien desató el recurso y en donde se agotaron los recursos dentro del mismo proceso. Las citadas Providencias tienen fecha de 19 de julio de 2019 y 5 de noviembre del mismo año, para lo cual estableceré el marco factico que dio origen a la violación al **DEBIDO PROCESO**, del que se duele hoy tanto el acusado como el suscrito, de donde se debe estructurar tanto las causales genéricas como específicas, que como exigencias se requieren, para solicitar el amparo de este derecho Constitucional. -

H E C H O S

La Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado en la ciudad de Santa Fe de Antioquia, presentó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de la esa Localidad escrito de acusación en contra de mi **HERMANO ALBERTO SERNA MONCADA**, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, descubrió las pruebas entre las cuales están los testimonios de **LAURA MARINA CORREA OROZCO**, Médico Forense, **YESICA MARCELA CANO**, **YANNETH OSPINA CANO Y JHON JAIRO VASQUEZ**, como testigos de cargo.

El día 19 de septiembre de 2019 se inició la audiencia preparatoria y la defensa de mi hermano descubrió sus elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

Se continuó el trámite de la audiencia y luego se procedió a las solicitudes probatorias tanto las del Ente Fiscal como las de la defensa. -

Para cumplir con las exigencias legales y Jurisprudenciales de **PERTINENCIA, CONDUCTENCIA Y UTILIDAD** de los respectivos juicios, la fiscalía las solicito de la siguiente manera:

*"...este delegado solicita el testimonio para que usted lo admita el de la señora **YANNET OSPINA CANO** este testimonio es conducente y pertinente porque es la madre de la víctima directa de los hechos que ocupan nuestra atención y dará cuenta al despacho qué fue lo que se enteró por boca directamente de su hija victima...."*

*"...Se solicita el testimonio De **BLANCA DOLY CANO CANO**; esta señora es la madre de la adolescente **YESSICA MARCELA CANO CANO**, quien acompañaba para el día de los hechos a la víctima, esta señora dará cuenta de lo que se enteró por boca de su hija y de la víctima de ahí su pertinencia y conducencia..."*

*"...el testimonio Del intendente **JHON JAIROVASQUEZ HERNANDEZ COMANDANTE DE POLICIA DEL MUNICIPIO DE EBEJICO**, conoció de los hechos de primera mano y los informó a la Comisaria de familia de Ebéjico, de ahí su pertinencia y conducencia; él fue el que observó los uniformes del colegio cuando llegaban a la cabecera municipal con el acusado y esto lo hizo constar en el libro de población de la población..."*

***LAURA MARIA CORREDOR OROZCO**, medica legista, ella fue la que le practicó el dictamen pericial sexológico a la víctima CMO, por eso es pertinente y conducente, con ella se introducirá el dictamen..." -*

*También el fiscal hizo solicitudes probatorios de algunos elementos materiales de prueba, entre ellos la denuncia del hecho que se introducirán a juicio en caso de que no comparezcan las señoras **YANNET OSPINA CANO** y **BLANCA DOLY CANO** la introducción a través del investigador judicial **PABLO CESAR CASTAÑO**,*

Fueron SOLICITADOS otros tantos elementos materiales probatorios así como Información.-

En esos o parecidos términos, fueron solicitados los testimonios de los testigos de cargo que serán tenidos en cuenta por esta defensa para los efectos que me propongo más adelante. -

Por su parte la defensa las solicitó así:

***Álbum fotográfico perfil de la menor de edad en la red social Facebook requisitos para acceder a la red y comentarios de una persona que accedió a la red, extranjero, por cierto.** -*

PERTINENCIA: Este documento nos refiere la circunstancias de modo en que mi defendido accedió a la menor, y ello al tenor de lo dispuesto en el art.375 del C. de P. Penal lo hace pertinente.

CONDUCENCIA. Es apto e idóneo como medio de prueba para probar circunstancias del delito.-

UTILIDAD con este atacaremos el elemento normativo del tipo penal por el cual fue acusado mi representado judicial.

El testimonio de **LAURA MARIA CORREA OROZCO** médico legista.

PERTINENCIA: porque fue la médica que atendió a la menor de edad y dictaminó sobre las posibles secuelas de la menor dejadas por el presunto delito para lo cual realizó algunas valoraciones.-

CONDUCENCIA: es el medio de prueba idóneo para llevarle el conocimiento sobre la ciencia que ella empleo para este análisis.-

UTILIDAD: si bien la fiscalía lo utilizaría para demostrar el acceso abusivo, esta defensa lo utilizara para demostrar que esta menor podría estar engañando esta persona con su edad, dado que determinó desgarró antiguo lo que haría más probable el error en habría incurrido mi defendido.-

YESSICA MARCELA CANO, es **PERTINENTE** porque fue la persona que acompañó a la menor CMO hasta la finca en donde sucedieron los hechos; mientras se realizaba el acto. Ella estuvo durante todo el curso que dio origen a este proceso.-

Es **CONDUCENTE** porque es el medio de prueba admisible en lo penal para suministrarle información a usted dada su edad actual. -

Su **UTILIDAD,** ella y su compañera víctima en este asunto al ser localizadas por los funcionarios de policía produjeron indicios que respaldan la teoría de esta defensa y que la fiscalía seguramente no abordara por lo que en contrainterrogatorio resultaría insuficiente para producir información que interesa a esta defensa.-

YANNET OSPINA CANO, es **PERTINENTE** puesto que es la madre de la menor víctima y tuvo la ocasión de denunciar lo que le ocurrió a su hija. Allí pudo repetir lo que la hija le contó; tuvo algunas previsiones con su hija lo que narró a la fiscalía-

Es **CONDUCENTE** porque es un medio de prueba idóneo para llevarle información a usted señor juez.-

Y es útil toda vez que las previsiones que le comentó a la fiscalía en cuanto un posible embarazo y demás le podrían resultar útil a esta defensa con el fin de reforzar la teoría del caso.-

INTENDENTE JHON JAIRO VASQUEZ, es **PERTINENTE** porque fue el policía judicial que recibió la noticia criminal de una vecina e interceptó personalmente a la víctima y al victimario.- **Conducente** porque es el primer respondiente a este acto, es apto para suministrar información sobre estos hechos.- es **ÚTIL** porque contara en caso que no lo haga a la fiscalía cual fue la reacción del acusado y de las menores de edad y dirá si existió la intención de ser engañado con la información que suministraron las menores de edad y hará más probable el error en que incurrió mi defendido.-

TESTIMONIO del investigador judicial **DARIO VARGAS CORREA** quien fue la persona que se apersonó de la investigación en favor del acusado desde la noticia criminal. realizo algunos actos de investigación los que dirá como se efectuaron, si existido violación al derecho de la intimidad, o no, dirá si tuvo la oportunidad de entrevistar a la menor, en caso negativo porque no lo pudo hacer, si la conoció en forma personal o no y referirá cuándo y quien intervino para que la menor no fuese entrevistada-

CONDUCENCIA, es pertinente al tenor del art. 36 de la ley 941 de 2004.

En la oportunidad legal el juez ofreció la palabra a las partes para si tenían a bien realizar oposiciones a las solicitudes, tanto el fiscal como el representante de víctimas no hicieron ninguna oposición a las solicitudes probatorias de la Defensa. -

Una vez la Fiscalía y la Defensa realizaron las solicitudes probatorias, en forma inmediata el juez Promiscuo del circuito procedió a resolverlas de la siguiente manera:

Sobre las solicitudes probatorias de la Fiscalía los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad los desarrolló así:

"...procede este despacho a resolver.

*Se argumenta **POR PARTE DE LA FISCALIA** en forma pertinente conducente y útil a efectos de la valoración probatoria los testimonios traídos por la defensa (sic) así como los elementos materiales de prueba documentales que fueron aducidos en la audiencia, salvo aquellos el informe de consulta de la página WEB etc.-*

*Al interrogatorio del acusado indiciado este despacho si bien en un principio había considerado la inadmisión no es menos cierto que el fiscal al momento de su valoración señaló que dicho interrogatorio del indiciado sería utilizado solo si el procesado es traído a juicio, prueba que no se ha solicitado por la defensa pero ello no es óbice para que no se traiga en cualquier momento del juicio, **así no haya sido solicitado**, en razón a ello se decretará esa prueba.-*

En cuanto a las pruebas de la defensa;

EL álbum fotográfico recogido por parte de la defensa encontraría base para su defensa en tanto la red social Facebook es una **red pública**, no obstante la defensa no indica como sería introducido en ese álbum según lo dicho por la jurisprudencia ese álbum debe tener testigo de acreditación, circunstancia que no se menciona al momento de la exposición, es decir, el álbum fotográfico no podría ser introducido como un documento, en tanto de que no se trata de una prueba documental en estricto sentido sino de prueba recogida en fuentes públicas y requieren de una acreditación, es decir, quien demuestre efectivamente de que ese documento fue extraído de dicha fuente, no se menciona por ejemplo un investigador o con qué testigos se iba a introducir.-

En cuanto a los demás testigos de la defensa **LAURA MARIA** médico legista. La defensa dice que el contrainterrogatorio sería insuficiente para abordar los hallazgos que la defensa dice. Este despacho negará dicha prueba común.-

Respecto de **YESICA MARCELA CANO**, está soportada la conducencia y pertinencia en razón a que ella se encontraba en ese momento con la víctima.- la defensa dijo que se produjeron indicios y que la fiscalía no los abordará.- no dijo cuáles serían los indicios. Le bastará a la defensa con el contrainterrogatorio.- -

YANNET OSPINA CANO, se oculta el objeto de prueba. Sería suficiente el contrainterrogatorio. -

JHON JAIRO está fundamentada en el caso de que no lo haga la fiscalía., el objeto de prueba debe ser claro, debe ser conducente..... sigue un espacio en silencio.... al final del silencio se escucha la voz de la defensa cuando dice **ALBUM FOTOGRAFICO.-**

DARIO VARGAS CORREA encierra un objeto y fin de prueba pertinente y conducente. - lo decreta bajo una reserva.

Impugnación. Se sustentó de la siguiente manera:

Se transcribe literalmente.

"...señor juez esta defensa hace uso del recurso de apelación, si bien manifiesta usted a esta defensa que estos testigos son comunes y de que no se enuncia o no va puesto de que se pueda abordar la información que se requiera a través del interrogatorio que realiza la fiscalía bajo alguna jurisprudencia que incluso la doctora la doctora **MARIA PATRICIA SALAZAR CUELLAR** dice que un testigo de la fiscalía o de la defensa puede ser común siempre y cuando la utilidad del testimonio sea diferente a la utilidad de la fiscalía o de la defensa.- señoría la utilidad que tendrá la defensa es distinta a la de la fiscalía por lo que en este caso se estaría negando el derecho a la prueba.-

Y coloca un ejemplo de un homicidio en donde el testigo de la fiscalía puede serle útil a las dos partes. Advirtió la defensa que no sabría si era el momento procesal para hacerlo.-a la fiscalía para demostrar que esa persona fue la que

le produjo la muerte y la contraparte lo puede llevar a juicio para demostrar que lo hizo en legítima defensa.

Y continúa LA ABOGADA con su argumentación:

"...con el investigador judicial DARIO VARGAS CORREA. En días anteriores ya se había dado : en cuanto a la primera solicitud probatoria del álbum fotográfico se incorporaría traslado a la fiscalía de ese álbum fotográfico para que tuviera pus esa información.-

ESTAS FUERON LAS PREMISAS sobre las cuales el tribunal soportó la siguiente decisión:

Como la defensa se vio afectada con la decisión del Juez, apeló la decisión, y en virtud de tal apelación la **H. SALA del TRIBUNAL SUPEIOR DE ANTIOQUIA** mediante Providencia del 5 de noviembre y leída el día 11 del mismo mes, se declaró incompetente para el conocimiento de la impugnación por falta de una indebida sustentación del recurso. Así fue motivada la decisión del **TRIBUNAL:**

"...procede la sala a pronunciarse... -

*"...EL 19 de julio de 2019, negó como prueba de la defensa EL ALBUM FOTOGRAFICO extraído de la red social Facebook y los testigos comunes a la fiscalía.- En cuanto al primero debido a que la defensa no ofreció ningún testigo de acreditación para la incorporación del documento.- en cuanto a los **TESTIGOS COMUNES** por las siguientes razones: **LAURA MARIA CORREA OROZCO MEDICA**, por cuanto a la pregunta acerca de los hallazgos será parte del tema que abordara la fiscalía.- **YESICA MARCELA CANO** por cuanto la defensa dijo que iba a interrogar sobre indicios que no serían abordados por la fiscalía sin señalar ninguna circunstancia específica. Sobre **YENNET OSPINA CANO** por que la defensa no dijo que circunstancia es la habría ocultado la testigo a la fiscalía, sobre **JHON JAIRO VASQUEZ** por cuanto la defensa lo solicitó en caso de que no lo interrogue sobre algunos aspectos sin especificar cuáles.*

"...consideraciones De la sala, resulta protuberante la idoneidad de las palabras ofrecidas por la defensa para controvertir la decisión del juez.- en relación con los testigos comunes el juez detallo de manera simple pero especifica la razón por la que la defensa incumplió con la carga de pertinencia respecto de cada uno de los testigos que habiendo sido solicitados y decretados a favor de la fiscalía aspiraba a su decreto en forma directa.- la defensa hace un reproche por completo genérico en relación con los testigos comunes que solicitó sin ofrecer contraposición individual en relación con esas pruebas negadas.- en cuanto al documento el juez no lo decretó puesto que la defensa no ofreció ningún testigo de acreditación la defensa no se opuso a la decisión del juez en la apelación sino que realizó una solicitud en ese sentido en forma extemporánea. De tal manera que ningún argumento adecuado aportó la

apelante para que el Tribunal pueda abordar un análisis de las razones que brindo el juez para negar las pruebas a la defensa. –

Sobre la debida sustentación la Corte Suprema de Justicia ha indicado en la sentencia 38287 de 2012 la forma como está concebido el recurso en el marco de una justicia rogada de partes regido por los principios de igualdad de armas e imparcialidad se impone la necesidad de sustentar y motivar las peticiones que se le formulen a los jueces, entre tales peticiones los recursos, de otra forma ello implicaría que los jueces deberían examinar todo de manera oficiosa, extralimitando así una competencia que para el caso de la que deriva de la apelación debe circunscribirse a lo que es materia del disenso.- no basta la mera sustentación o defensa de una posición sino que esa sustentación debe ser la debida. La apropiada al caso, esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manea seria la decisión impugnada señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencia de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta ser acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello sin perder de vista el sustrato factico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad que es lo que se pretende.-

En una más reciente decisión 50560 de 2017, el recurso de apelación impone a la parte impugnante, la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión recurrida labor en la cual es exigible que haga manifiesto los argumentos de hecho y derecho por los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia.-por hecho sic ha dicho ...inintendible...que con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo e insistir en los argumentos expuestos en etapas previos de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la Providencia recurrida pues solo de esta manera no es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialectico respecto de su acierto y legalidad. Por ende si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada la cual está lógica y jurídicamente limitada por la razón de inconformidad del impugnante y de los asuntos inescindiblemente ligados a aquellas.- con base en la referencia legal y jurisprudencial citada y de conformidad con lo con lo expuesto no puede ser otra la decisión que la de negar por indebida sustentación , el recurso...."firman los magistrados Gustavo Jácome y Edilberto Antonio Arenas Correa.-

Miremos ahora si de este marco fáctico se desprende entonces la CONDUCTENCIA excepcional al tenor de los requisitos generales y específicos establecidos y unificados en la T SU-297 DE 2015.

1. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

Es clara la trascendencia Constitucional del asunto sometido al examen, pues se vulneró el núcleo básico del derecho fundamental al debido proceso, En el caso concreto se debatió en sede de audiencia preparatoria el derecho que le asiste al acusado de presentar pruebas , cuando negadas éstas sin motivación suficiente para una decisión tan trascendental para los intereses del acusado y luego confirmada la decisión de primera instancia, se incurrió en violación al principio de igualdad de armas, cuando al ENTE acusador se le decretaron sin exigencia legal alguna.

2. AGOTAMIENTO DE LOS MECANISMOS ORDINARIOS.

La decisión negativa de las pruebas solicitadas por la defensa, fue apelada por la defensa ante **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** sin éxito alguno y este tipo de providencias no contiene recurso alguno, tal y como lo expresó el Tribunal en su decisión.-

3. INMEDIATEZ

La Acción de Tutela que hoy se impetra, fue radicada durante el mes de diciembre de 2019 y como se puede observar, no han transcurrido los cuatro meses de que habla el requisito del caso de la T SU-297 de 2015 referida anteriormente.

4. IDENTIFICACION DE LOS YERROS DE LA AUTORIDAD JUDICIAL QUE ORIGINAN LA VULNERACION, ASI COMO SU ALEGACION AL INTERIOR DEL PROCESO JUDICIAL.

4-1 POR PARTE DEL A-QUO.

4-1-1 omisión en la consideración de la pertinencia esbozada por la defensa técnica del acusado **ALBERTO SERNA MONCADA**, al confundir los conceptos de pertinencia y utilidad

4-1-2 **NEGATIVA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA** para tener como prueba de la defensa en juicio el Álbum Fotográfico del perfil en **FACCEBOK** de la menor víctima, con un argumento puramente formalista, al no contar según el juez, con quien incorporarlo al juicio oral, cuando la verdad es que al solicitársele el testimonio del **INVESTIGADOR JUDICIAL DARIO VARGAS CORREA**, sin esfuerzo alguno se podía colegir que este el llamado a hacerlo.-

4-1 El juez al decretar las pruebas de la fiscalía sin exigencia legal alguna, para la defensa fue mayor, dando así un trato diferenciado que atenta contra el principio de **IGUALDAD**, lo que conllevaría a suponer que el juez, desde ya, acoge la teoría de la fiscalía.-

4-1-4 los confusos motivos que esgrimió el Juez para negar las pruebas tienen origen en el intento de valoración global, que no individual, de la

prueba solicitada, pese a que la defensa del acusado lo hizo cumpliendo estrictamente en forma individual los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad. -

4-2 ERRORES DEL AD-QUEN

4-2-1 el silogismo con el cual construyó el argumento SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA, lo realizó en forma descontextualizada de los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad elaborados por las partes; mientras que la defensa lo hizo en forma por demás ordenada, la fiscalía los englobó todos en un solo juicio, sin distinción de los conceptos de estas tres figuras exigibles que anteceden al decreto de pruebas.

Al confrontar esos argumentos de las partes fácilmente se puede colegir que la exigencia que hizo el juez a los juicios referidos, fue mayor para la defensa que para la fiscalía, configurándose con ello una probable desigualdad en detrimento de la defensa.- De haber tenido en cuenta estos juicios de parte fácilmente se hubiese percatado la Sala que el argumento de apelación era sencillo pero comprensible, como quiera que lo que se alegaba por parte de la defensa era una utilidad del medio de prueba distinta a la de la fiscalía y que tenía por objeto desvirtuar el elemento normativo del tipo penal.- una transcripción literal del argumento defensivo puede aparentar confuso si no se confronta con lo que realmente se realizó y que parece que la sala no lo escuchó.-

4-2-2 Cercenamiento de la premisa Jurisprudencial escogida por el ad-quen cuando al referirse a la ini-doneidad del argumento defensivo de la apelación, porque solo utilizó el silogismo formal para llegar a la conclusión de falta de argumentación, cuando precisamente para una decisión de esta naturaleza requería de un contexto completo de los actos de prueba, pues desde allí la SALA pudo darse cuenta, si como lo dice la sentencia, la incompetencia podía ser decretada atendiendo a los principios de imparcialidad e igualdad.-

Estas decisiones dejan inerte al acusado, pues la decisión es una especie de proyecto condenatorio, pues la única prueba de la defensa no sería suficiente para demostrar el error en que pudo haber incurrido el acusado.-

Las alegaciones dentro de esa audiencia están dadas por la pertinencia que se dio a cada una de ellas, incluso la defensa del acusado elevó al fiscal un escrito desde mucho antes de la imputación, solicitándole la preclusión de la investigación y en subsidio la aplicación de una norma de la ley 600 de 2000, que faculta al fiscal para abstenerse de solicitar medida de aseguramiento cuando se avizore una causal de ausencia de responsabilidad; de manea que este requisito se cumple a cabalidad.-

5.- QUE LA IRREGULARIDAD PROCESSAL TENGA INCIDENCIA DIRECTA EN LA DECISION QUE RESULTA LESIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

En esta ocasión las decisiones tanto del a-quo como del ad-quen, sobre todo el primero al proferir una decisión con argumentos confusos, negó la posibilidad que la prueba fuera valorada en juicio acarreado con esto una flagrante violación al derecho a la prueba y la decisión del AD-QUEN al omitir la consideración global de las solicitudes probatorias, sobre todo las de la defensa, confirmó la negativa dejando inerte al acusado para enfrentar a la jurisdicción penal.-

6. QUE LA IMPUGNACION NO SE REFIERA A UN FALLO DE TUTELA.

Es claro que lo que se impugnó fue el decreto de pruebas, dentro de una audiencia preparatoria por un delito sexual con menor de catorce años, y proferida por el juez de conocimiento en contra del acusado **ALBERTO SERNA MONCADA.-**

Cumplidas las exigencias generales para que sea conducente la acción de tutela, pasaré luego a invocar las exigencias específicas para que esta acción se torne, ahora sí, definitivamente conducente.

La causal específica que refiere a la motivación de las decisiones judiciales comprende varios tipos:

- a. *Inexistencia de motivación o motivación aparente cuando no se dan razones que sustenten la decisión o que no respondan a las alegaciones de la parte perjudicada o que por que solo se intentó dar un cumplimiento sustento jurídico.*
- b. *falta de motivación interna al razonamiento cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece el juez en su decisión o cuando el discurso es confuso.*
- c. *deficiencia en la motivación externa que se da cuando las remisas no han sido confrontadas respecto de su validez.*
- d. *Motivación sustancialmente incongruente que obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de una manera congruente en los términos en que vengán planteadas. -*
- e. *(tomado de YouTube PAOLO ALVEA -ABOGADO.*

Sentadas estas premisas doctrinarias, empezara continuación al desarrollo de los cargos;

CARGO PRIMERO para el juez de Primera Instancia.

Inexistencia de motivación o motivación aparente en cuanto a al juicio de pertenencia para negar la prueba.

El juicio de pertinencia lo construyó el juez arguyendo la simple omisión de manifestar con quien incorporarla el álbum; la negó de manera arbitraria, cuando lo que debió haber decidido era la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba que fue lo que en su oportunidad legal se planteó.- la defensa le dijo que ese álbum fotográfico era pertinente porque se refería

a las circunstancias de modo como se accedido a la menor y todo ello al tenor del art. 375 del c. de p. penal que refiere que el elemento material probatorio deberá referirse igualmente a las circunstancias en que se cometió el hecho.- quería el juez que la defensa le planteara unos alegatos anticipados a partir del hecho indicante prohibición de acceso a Facebook por parte de una menor de edad. Sobre pertinencia de la solicitud probatoria nada dijo; admitió sí en la conducencia que el álbum fotográfico extraído de la red social Facebook era de carácter público

El silogismo que planteo el juez fue el siguiente: hay que resolver sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, pero como la defensa no dijo con quien se incorporaría, entonces la prueba no es pertinente, conducente y útil.-

Según la sentencia **51882 de 2018 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLARLOS DOCUMENTOS** deben tener un tratamiento desde que se recogen hasta que se incorporan a juicio.

Durante las solicitudes probatorias la parte debe explicar la pertinencia del documento y la defensa cumplió a cabalidad con ese requisito. Solicitó el testimonio del investigador judicial **DARIO VARGAS CORREA** y dijo que fue el que llevó algunos actos investigativos, porque de allí se podía inferir que con este investigador se iba a incorporar el documento a juicio.- además la citada sentencia habla de la forma como se incorporan los documentos a juicio y dice: *"...la forma de ingresar los elementos documentos durante el juicio oral debe acordarse y planearse en la audiencia preparatoria..."*

No quedó registro dentro de la audiencia de si se planeó o se acordó el ingreso de este documento; lo cierto del caso y según manifestación de la abogada eso se discutió extra micrófono, pero sucedió un hecho que nos podría indicar que eso fue cierto y es la interrupción del audio entre la solicitud probatoria de ...y la del investigador **DARIO VARGAS CORREA** en donde al final del receso se escucha la voz de la abogada que dice *"...álbum fotográfico..."*

Luego es probable que la defensa técnica si haya omitido el testigo de acreditación del documento, pero también es posible que tanto el juez como la abogada estuviesen discutiendo la norma como ingresaría y con quien, el documento.-

Pero esta no es la razón central de este asunto, lo fundamental y relevantes que la defensa solicitó el documento para demostrar una probable ausencia de responsabilidad por error en el elemento normativo del tipo penal de acceso con menor de 14 años.-

Bastaba entonces que se cumpliera con requisito de pertinencia para que el documento pudiese haber ingresado como prueba al juicio y no se

hubiese violado el debido proceso probatorio al negar una prueba, que no tiene limitaciones de orden legal o constitucional.-

Es claro entonces que el juez al negar la prueba se sustrajo de manera ilógica del argumento que debió haber justificado internamente la decisión. En otras palabras, esa decisión condujo a la inaplicación por parte del juez de la norma del art. 375 del c. de P. Penal. el cargo debe prosperar. -

SEGUNDO CARGO. Por motivación sustancialmente incongruente

El juez de instancia en forma lacónica dijo que negaba la prueba de la Médica **LAURA MARIA OROZCO CORREA** por cuanto a la pregunta sobre los hallazgos será parte del tema que abordará la fiscalía.-

Eso no fue lo que planteo la defensa; La defensa dijo en su utilidad, que si bien la fiscalía lo utilizaría para demostrar el acceso abusivo, la defensa lo emplearía para demostrar que la menor estaría engañando con su edad, dado que, se determinó desgarró antiguo, lo que haría probable el error en que habría incurrido el acusado.-

Como es evidente, el juez construyó un silogismo con una palabra que hace parte de un proposición planteada por la defensa, por lo que cercenó la premisa a punto que incluso, se atrevió a manifestar que la fiscalía haría la pregunta sobre el desgarró a la testigo, sin medir que ese hallazgo no podía favorecer la teoría del caso de la fiscalía como quiera que lo que se está juzgando este asunto son hechos ocurridos el día y no los anteriores.-

Lo planteado por la defensa para que la solicitud probatoria tuviera éxito estuvo fundada en un hecho indicante hallado por la médico forense en su examen y ese hecho, como lo dijo la defensa en su momento podría hacer más probable el engaño de la menor al acusado.- ese grado de probabilidad sería medido o valorado por el juez en el momento procesal determinado por nuestro ordenamiento procesal penal.- entonces resulta evidente la incongruencia en que incurrió el juez al no resolver sobre lo realmente planteado por esta defensa en esta solicitud probatoria. Error que lesiona claramente el derecho que tiene mi defendido a que se decrete este medio probatorio para que sea controvertido y valorado en juicio por parte del juzgador, ingredientes éstos que hace parte del derecho a la prueba dentro de un juicio en igualdad de armas y bajo el principio de imparcialidad del juzgador.-

La prueba negada es fundamental para la teoría del caso de la defensa en la medida en que reforzaría la prueba documental (álbum fotográfico).

TERCER CARGO: Por falta de motivación interna del razonamiento, concretamente por lo confuso del discurso que negó la prueba.-

Para negar el testimonio de **YESSICA MARCELA CANO** compañera para el día de los hechos de la menor de edad, el juez de conocimiento dijo: "...la

defensa dijo que se produjeron indicios, pero no dijo cuales, le bastaría a la defensa con el contrainterrogatorio.-

La defensa por su parte el planteo al juez de conocimiento que este testimonio era útil porque al ser localizadas por los funcionarios de policía en compañía del acusado produjeron indicios que respaldarían la teoría del caso de la defensa, indicios estos que seguramente no los abordaría la fiscalía en su interrogatorio y que en este evento no sería suficiente el contrainterrogatorio para conseguir información que interesa a la defensa.-

Es clara pues la utilidad de este testimonio para la defensa, pues el policía que el abordó después de los sucesos recibió información de ellas y a partir de esa información se podía inferir que esa compañía de la menor dejaba desprovisto de alguna violencia el acontecer presuntamente delictual.-

El razonamiento que realizó el juez para negar la prueba fue confuso porque entremezcla la pertinencia y utilidad; se le planteo la pertinencia y resolvió con elementos de utilidad que no son tan necesarios realizarlos a menos que, como lo dice la Corte Suprema de Justicia en la pluricitada sentencia, exista debate sobre ese tópico y en el presente caso en sede de solicitudes probatorias no existió.-Así se expresó la Corte:

"...solo se aclara que la explicación de la pertinencia es requisito para que el Juez pueda decretar la prueba y que las explicaciones sobre conducencia y utilidad deberán expresarse cuando se presente un debate genuino sobre estos temas..."

Supuso el Juez de Primera Instancia que la defensa estaba solicitando el testimonio con la misma utilidad de la fiscalía y por eso lo negó arguyendo que era suficiente con el contrainterrogatorio.- sobre este aspecto la Corte ha dejado claro que: *"...negar la pretensión con el argumento de que ese tema puede ventilarse en el contrainterrogatorio, ese tipo de soluciones es inadecuado porque la parte puede renunciar a ella en detrimento de la otra y porque el interrogatorio y contrainterrogatorio tienen finalidades diferentes..."*

No fue afortunado el Juez de Primera Instancia con su confuso discurso.-

El cargo debe prosperar.-

CUARTO CARGO. Inexistencia de motivación en la negativa del testimonio de Yannet Ospina C.

EL Juez negó este testimonio con el siguiente argumento.- *se oculta el objeto de prueba.- será suficiente con el contrainterrogatorio.-*

La defensa le plantió la solicitud de la siguiente manera: "...es la madre de la menor y tuvo la oportunidad de denunciar lo que le ocurrió a su hija, tuvo algunas previsiones con su hija lo que le contó a la fiscalía..."- la utilidad la

planteo así: "...esas previsiones en cuanto al posible embarazo podría reforzar la teoría del caso..."

Al confrontar la decisión del juez con la solicitud probatoria se notará que la defensa, planteó como pertinencia de ese testimonio, la referencia indirecta a los hechos que le sucedieron a su hija y la respuesta negativa que se obtuvo del juez fue el haber ocultado el objeto de la prueba, confundiendo pertinencia, y utilidad con objeto de prueba que son cosas diferentes.- como se podría ocultar unos hechos cuando la defensa manifiesta en su pertinencia que su madre denunció ante la fiscalía los hechos narrados a ella por su hija y que de esa información podría la defensa utilizarla para reforzar su teoría del caso; entonces cuales son los hechos que estaría ocultando la defensa cuando ya los conoce la fiscalía por conducto de la denuncia suministrada a ese órgano acusador?

Además, de manera inmotivada manifestó que a la defensa le bastaba con el contrainterrogatorio y ya vimos la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a este tópico.

Esa lacónica decisión adolece de la debida precisión jurídica que la justifique.-

El cargo debe prosperar.

QUINTO CARGO

Inexistencia de la motivación en la negación de la prueba del Intendente **JHON JAIRO VASQUEZ.-**

El argumento del juez fue el siguiente:

"...está fundamentad en el caso que no lo haga la fiscalía, el objeto de prueba debe ser claro..."

Esta afirmación no responde a la pertinencia que como requisito para el decreto de la prueba, dio la defensa.-

La defensa dijo que era pertinente comoquiera que fue el funcionario que recibió la noticia criminal e interceptó tanto a la víctima como al victimario como primer respondiente. Obsérvese que es ininteligible el argumento del juez para negar la prueba. Su argumento no es una respuesta a lo planteado por la defensa en busca de ese decreto de prueba.-

El cargo debe prosperar.

CARGO PRIMERO PARA EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA.-

DEFECTO CONSTITUCIONAL.-

Se presenta cuando con la decisión se viola directamente la constitución nacional.-

En efecto, la decisión de declaración de incompetencia para el conocimiento del asunto por la Sala bajo la supuesta falta de idoneidad en la argumentación, se extrajo del marco de la sola argumentación que del recurso hizo la defensa técnica del acusado.- Se transcribió literalmente y esa sola transcripción distorsiona el verdadero argumento que se quiso expresar y que estaba contenido tácitamente en las solicitudes probatorias y en la citación de la Sentencia de la **Dr. PATRICIA SALAZAR CUELLAR** y que regula los tópicos materia de la presente controversia jurídica que los operadores jurídicos deben conocer para mejor proveer en asuntos del derecho a la prueba.- si la Sala de Segunda instancia hubiese tenido todo el contexto de la audiencia preparatoria, fácilmente se hubiese podido dar cuenta que la fiscalía al presentar sus solicitudes probatorias, **INCLUSO EL TESTIMONIO DEL ACUSADO, INFORMES, DENUNCIAS** sin vocación probatoria ECT., refundió en uno solo, los conceptos de pertinencia y conducencia con un deficiente mínimo argumentativo, mientras que la defensa lo hizo en forma separada facilitando la diferenciación entre esos conceptos.- a la fiscalía se le decretaron sin objeción alguna, mientras a la defensa, pese a cumplir con la carga argumentativa que le faltó a la fiscalía, se los negaron. La verificación de lo que se acaba de manifestar, ustedes H.H. Magistrados lo pueden encontrar dentro del cuerpo de esta acción de tutela, cuando se transcribieron los hechos.-

Pero miremos el extracto de la sentencia que el juez colegiado extrajo de la sentencia que le sirvió como premisa jurídica para resolver el asunto en disfavor del acusado.-

"...Sobre la debida sustentación la Corte Suprema de Justicia, ha indicado en la Sentencia nro. 38287 de 2012 la forma como está concebido el recurso en el marco de una justicia rogada, regida por los principios de igualdad e imparcialidad, se impone la necesidad de sustentar y motivar las peticiones que se le formulen a los jueces, entre tales peticiones los recursos,, de otra forma ello implicaría....."

El caso se ventila ante la justicia rogada, proceso penal sistema acusatorio regido por los principios de igualdad de armas e imparcialidad.- si se observa nuevamente la decisión que frente a lo solicitado por las partes, el Juez fue demasiado benévolo con la parte acusatoria, hasta el punto que los informes y denuncias que recibió como solicitud probatoria del ente fiscal también fue decretado por el juez, incluso el testimonio del acusado sin que la fiscalía aportara la utilidad de ese testimonio en forma concreta,. Este hecho nos muestra como el juez de primera instancia pudo haber estado de parte de la tesis acusatoria.- ese hecho es notorio por la forma precipitada como abordó los testimonios de la fiscalía para efectos de su estudio.- existió un trato diferente violándose con ello el art. 13 de la

constitución nacional que reza que todos somos iguales ante la ley.- todo ello implicaba que el juez colegiado no abandonara como abandonó, el contexto sobre el cual la abogada sustentó el recurso de apelación.- esta decisión igualmente viola el principio de necesidad de la prueba porque el juez de conocimiento para decidir con justicia debe contar con las pruebas que respalden la teoría de la defensa.- esa decisión de declararse incompetente para conocer de la apelación, dejó inerte al acusado y sin poder tener acceso a la administración de justicia.-para el cumplimiento de estos principios al juez, le implicaba conocer aunque sea de forma oficiosa todo lo relacionado con la prueba que se solicitaba en la audiencia preparatoria.-

Este solo hecho de por sí, es violatorio del derecho a la igualdad de trato dentro del debido proceso probatorio, que de contera afecta el principio de imparcialidad del juez, que con esta decisión pareciera estar más cerca de la Fiscalía que de la defensa.-

El cargo debe prosperar

Como se podrá observar claramente se han vulnerado varios componentes del debido proceso consagrado en el art. 29 de la constitucional Nacional, así como los principios de igualdad e imparcialidad, que ustedes H.H. Magistrados deberán resolver.

Por lo anteriormente expuesto, muy comedidamente les solicito dejar sin efectos jurídicos las decisiones accionadas mediante este mecanismo, y en su lugar, amparar los derechos vulnerados, decretando las pruebas que fueron solicitadas por la Defensa Técnica del Acusado en la audiencia preparatoria.-

ANEXOS

CD audiencia preparatoria Juez promiscuo del Circuito de Santa Fé de Antioquia

CD audiencia lectura de la decisión Tribunal Superior de Antioquia.-

Poder otorgado al suscrito por parte del acusado **ALBERTO SERNA MONCADA.-**

Escrito dirigido al fiscal de Santa Fe de Antioquia en donde se solicita la abstención de la solicitud de la medida de aseguramiento por avizorarse una causal de ausencia de responsabilidad-error de tipo.-

JURAMENTO

Estoy manifestando bajo la gravedad del juramento, que ni el acusado ni el Suscrito a impetrado acción de Tutela en contra de las decisiones que hoy se someten a consideración de Uds.

NOTIFICACION: las recibiré en la Cra 48ª Nro 68- 61 de la ciudad de Medellín
Barrio Campo Valdez.

Teléfono 5 82 24 42 -313 664 35 01

Correo electrónico : darivarco@hotmail.com-

daseimon147@yahoo.es

Atentamente



OMAR DARIO SERNA MONCADA
C.C. 8.424.080 DE Turbo Ant.