



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

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP5184 - 2022

Tutela de 1ª instancia No. 122354

Acta No. 052

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil veintidós
(2022)

VISTOS

Se resuelve la acción de tutela instaurada por **FLOR MYRIAM FERNÁNDEZ ROA**, Fiscal 206 Seccional de Bogotá, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

A la acción fueron vinculadas de oficio las demás partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal cuestionado.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. Por hechos ocurridos entre el segundo semestre del año 2012 y hasta el primer semestre del 2018, la Fiscalía General de la Nación acusó a Gabriel Ernesto Prieto Amaya del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, del que presuntamente fue víctima la menor L.F.O.R.

2. El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado 9° Penal del Circuito de Bogotá bajo el radicado No. 1100160000721201801700.

3. En sesión de audiencia preparatoria de juicio oral que tuvo lugar el 1° de octubre de 2020, la Fiscalía representada por la aquí accionante, solicitó el testimonio de la menor L.F.O.R que fue decretado por dicho juzgado, decisión contra la cual el defensor interpuso los recursos de reposición y apelación, porque el mismo no fue descubierto en el escrito de acusación.

4. Despachada desfavorablemente la reposición, se concedió la apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que en auto del 9 de marzo de 2021 la revocó en el sentido de rechazar el testimonio de la víctima. Ello, por no haber sido descubierto en el escrito de acusación.

5. La fiscal acude al presente mecanismo por considerar que dicha decisión constituye una vía de hecho, pues aunque en el escrito de acusación no relacionó el testimonio de la víctima, en sesión de audiencia preparatoria adujo que dentro de la *“prueba testimonial anuncio la documental de la siguiente manera: su señoría, en primer término anuncio como prueba testimonial el de la menor víctima LFOR por su intermedio su señoría se pretende introducir en juicio oral la copia del registro civil de nacimiento de la niña (misma) esto es, la que acredita que se trata de LFOR registro civil de nacimiento NUIP 102233187 indicativo serial No. 33364807 de la Registraduría Nacional del Estado Civil.”*

A su juicio, la decisión del Tribunal desconoció el interés superior de la menor, que cobra mayor relevancia en asuntos como el presente, en el que la titular de dicha prerrogativa fue víctima de un delito sexual, ubicándola, en consecuencia, en una grave situación de desprotección.

Sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, sostuvo lo siguiente:

- El asunto debatido tiene relevancia constitucional, por procurarse la protección de los derechos de una menor de edad.

- De mantenerse la decisión atacada por esta vía, se ocasionaría un perjuicio irremediable a los derechos de la menor.

- La presente acción observa los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad.

Por lo anterior solicitó el amparo de los derechos fundamentales de la víctima y, en consecuencia, se revoque la decisión proferida por el Tribunal para en su lugar, permitir la declaración en el juicio oral de la menor.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

En auto del 22 de febrero de 2022 se admitió la demanda de tutela y se ordenó correr traslado de su contenido a las autoridades accionadas y demás vinculados, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá consideró que la fiscal accionante carece de legitimidad para promover el amparo constitucional en favor de la víctima y también, que la presente acción resulta manifiestamente improcedente, pues ni siquiera se hizo mención al defecto de que adolece la decisión censurada.

Recalcó que el decreto de un medio de prueba debe estar precedido de su descubrimiento, lo que en este asunto no ocurrió.

2. El abogado Maximiliano Salgado Martínez, defensor de confianza de Gabriel Ernesto Prieto Amaya, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

No se recibieron más informes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con el artículo 1°, numeral 5°, del Decreto 333 de 2021, esta Corporación es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, por ser superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si frente a la providencia del 9 de marzo de 2021, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión adoptada por el Juzgado 9° Penal del Circuito de dicha ciudad, que autorizó el testimonio de la menor L.F.O.R., para en su lugar rechazarlo, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, de ser así, si debe concederse el amparo invocado.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados

por cualquier autoridad pública, o los particulares en los casos establecidos en la ley.

2. Previo a la resolución del problema jurídico, debe precisarse que la presente acción de tutela se estudia de cara a la legitimidad que le asiste a la fiscal accionante en condición de parte afectada con la decisión que se cuestiona, mas no como representante o agente oficiosa de la menor, pues frente a esta segunda alternativa le asiste razón al Tribunal accionado cuando alega que carece de legitimación para actuar en representación de la presunta víctima.

3. Ahora bien, cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, su procedencia está supeditada a que cumpla, además de otros presupuestos generales debidamente definidos por la doctrina constitucional, el de subsidiariedad, y se demuestre que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

4. El presupuesto de la subsidiariedad exige que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

5. La jurisprudencia ha sostenido que esta condición se incumple cuando, i) **existe un proceso judicial en curso**, (ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al accionante no se han agotado, y (iii) es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C. sentencia T-103/2014).

6. Como ya se anunció, en el asunto que ocupa la atención de la Sala el problema jurídico a resolver estriba en determinar si la decisión del Tribunal accionado, que rechazó la práctica del testimonio de la menor víctima dentro del proceso penal con radicado No. 1100160000721201801700, constituye una vía de hecho.

7. Para la Sala, el presupuesto de subsidiariedad se incumple en este caso, porque el proceso dentro del cual se adoptó la decisión cuestionada se encuentra en curso, de tal suerte que es al interior del mismo, haciendo uso de los mecanismos de defensa que se prevén en cada una de las fases del proceso, que se debe debatir el punto.

8. Al margen de esto, es claro que la decisión que se cuestiona se sustenta en la normatividad procesal vigente (artículo 346 de la Ley 906 de 2004), que prevé el rechazo de la prueba cuando no ha sido objeto de descubrimiento previo, como ocurrió en este caso, sin que sea válido invocar, como

lo propone la accionante, la inaplicación de la norma con el argumento que, de no accederse al testimonio, se causaría un perjuicio irremediable a los derechos de la víctima.

En este punto, es inevitable recordar a la accionante, que el ámbito de protección de la acción de tutela solo se extiende a las acciones u omisiones atribuibles a la autoridad pública, o a los particulares, que vulneren o amenazan derechos fundamentales, no a las omisiones o descuidos de quien alega su violación. Por eso se ha dicho, con insistencia, que la tutela no ampara los propios errores.

Además, tampoco explicó la fiscal cuál fue el defecto de la decisión que reprocha. Obsérvese que además de aceptar en el escrito de tutela que omitió relacionar en la acusación el testimonio objeto de rechazo, únicamente se limitó a señalar que, con tal determinación, fueron desconocidos los derechos de la presunta víctima, afirmación con la que de modo alguno se suple el deber de acreditar las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

9. En las referidas condiciones, la pretensión de la parte accionante se torna improcedente, de una parte, por existir un proceso en curso, y de otra, porque no se demuestra que el Tribunal haya incurrido en el defecto fáctico por pretermisión de evidencia trascendente, como se denuncia.

Se negará, por tanto, el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. Negar el amparo invocado mediante apoderado por FLOR MYRIAM FERNÁNDEZ ROA, Fiscal 206 Seccional de Bogotá.

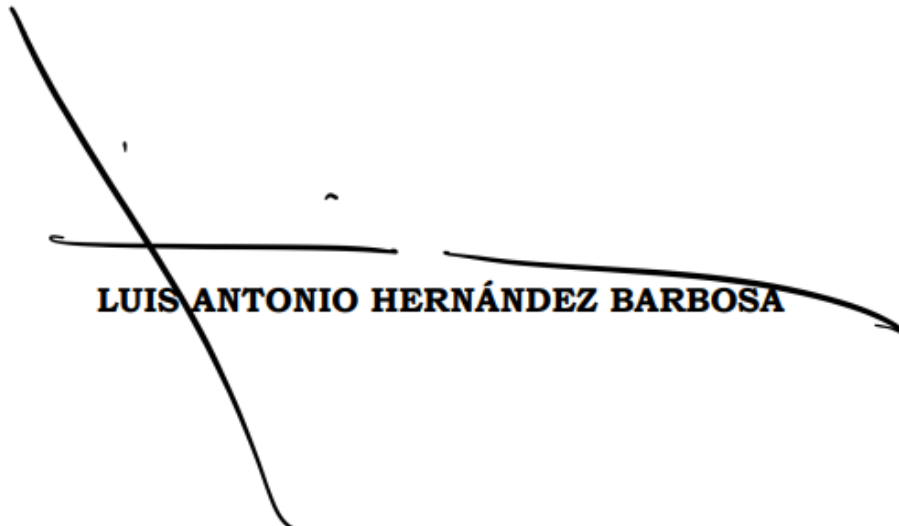
2. Notificar este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. De no ser impugnada esta sentencia, **envíese** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Sala Casación Penal



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria