



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal  
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**Magistrado Ponente**

**STP11707-2022**

**Radicación n.º 126013**

Aprobado según acta n.º 214

Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

## **I. ASUNTO**

1. Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por ALEXANDER ZULETA MARULANDA, a través de su apoderado judicial, contra Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar y el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al interior de la actuación no. 20060-60-01204-2019-00090, que se adelanta en su contra.

Al presente trámite fueron vinculados como terceros con interés, la Fiscalía Sexta Seccional de Bosconia-Cesar, Edgar Eliecer Romo Romero Coordinador de la Procuraduría Judicial

Delegada, y todas las demás partes e intervinientes dentro del proceso penal con radicado No. 20060-60-01204-2019-00090.

## II. HECHOS

2. ALEXANDER ZULETA MARULANDA, a través de su apoderado judicial, expuso en su escrito de tutela lo siguiente:

(i) Se encuentra vinculado dentro del radicado 20060 60 01204 2019 00090 por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años (*artículo 209 del Código Penal*). El 20 de mayo de 2021, la Fiscalía Sexta Seccional de Bosconia, Cesar, presentó escrito de acusación en su contra y dentro de este *“no relacionó dentro de los medios con vocación probatoria que pretendía hacer valer en juicio oral, el testimonio de la menor de edad presuntamente víctima M.C.P.C.”*

(ii) Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Valledupar, Cesar, en donde el 10 de junio de 2021 de manera virtual, se realizó audiencia de formulación de acusación y en aquella oportunidad el fiscal delegado *“tampoco mencionó”* el testimonio de la niña M.C.P.C.

(iii) La audiencia preparatoria se evacuó el 2° de agosto de 2022, y en esa diligencia, se presentaron las siguientes incidencias:

a. El fiscal delegado al momento de enunciar los elementos materiales probatorios mencionó el testimonio de la menor M.C.P.C., *“sin haber sido descubierto el testimonio”* y posteriormente, aludió a su pertinencia y conducencia.

b. Cuando el funcionario judicial le corrió traslado a la defensa de las solicitudes probatorias de la fiscalía, *“solicitó el rechazo del testimonio de la menor de edad presuntamente víctima M.C.P.C., luego que no fue debidamente descubierto”*.

c. El Juez Segundo decretó el testimonio de la niña M.C.P.C., tras considerar que *“(…) si bien es cierto, no fue relacionada técnicamente en el escrito de acusación como testigo, también es cierto que no hay ningún sorprendimiento por parte de la Defensa, el descubrimiento probatorio busca en Ley 906 evitar sorprendimiento a la contraparte, en este caso la Fiscalía en la acusación descubrió la existencia de la menor víctima, manifestó que había rendido una entrevista, es decir, en el escrito de acusación ofreció esa entrevista de la menor, dio cuenta de las manifestaciones que esa menor realizó sobre los hechos y en consecuencia, ningún sorprendimiento existe para la Defensa que hoy se solicite como prueba, el testimonio de la menor, es verdad que el escrito de acusación no tiene ese tecnicismo y que hemos venido reclamando de los Fiscales mayores tecnicismos en las actuaciones de la Fiscalía pero sin lugar a duda, de la acusación con el descubrimiento de la entrevista, con el descubrimiento de la menor, de sus datos, de su identificación, de su registro civil, del ofrecimiento de la entrevista para ser escuchada su manifestación en juicio, se descarta ese sorprendimiento que podría tener la Defensa al*

*momento de que hoy, la Fiscalía, formalmente solicita el testimonio de la menor víctima, dando cuenta de su pertinencia, por ellos el juzgado decreta ese testimonio de la Fiscalía”.*

d. Contra la anterior decisión la defensa interpuso recurso de apelación, pero el Juzgado lo negó de plano porque *“contra el auto de pruebas solo procede el recurso de reposición”*, por lo que, elevó y sustentó ante el Tribunal Superior de Valledupar el recurso de queja, quien ordenó dar trámite a la alzada.

(iv) El 11 de agosto de 2022 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, confirmó el auto de primera instancia con fundamento en *“la mayor garantía del derecho de las víctimas menores de edad al interior del proceso penal, además se indicó que a pesar que no fue debidamente descubierta la solicitud probatoria, esta situación no genera ninguna trascendencia para el ejercicio de contradicción de la defensa.”*

3. En consecuencia, solicita *“revocar la providencia, al operar el defecto procedimental absoluto y desconocimiento del precedente frente a las providencias accionadas.”*

### **III. TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS**

4. Mediante auto del 29 de agosto de 2022, esta Sala avocó el conocimiento y ordenó correr traslado de la demanda

a las partes accionadas y vinculadas, a efectos de garantizar su derecho de defensa y contradicción.

5. La Sala accionada y los vinculados expusieron lo siguiente:

5.1 La Fiscalía Sexta Seccional de Bosconia-Cesar, expuso que en la audiencia de acusación se *“hizo alusión a la entrevista practicada a la menor M.C.P.C., donde el mismo representante de la Fiscalía General de la Nación realizó la publicidad o la expectativa para que dicho testimonio fuera descubierto en el juicio adelantado en contra del acusado ALEXANDER ZULETA MARULANDA, el cual fue solicitado dentro de la audiencia preparatoria.”* por lo que, el Juzgado de conocimiento decretó el testimonio de la niña, decisión que confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

5.2 El Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Valledupar, luego de hacer un recuento procesal de las diligencias que ha evacuado, expuso que *“el testimonio de la presunta menor víctima MCPC no constituye un elemento sorpresivo dentro de la enunciación efectuada por el delegado del ente persecutor, en el marco del descubriendo probatorio que corresponde imperante a la actividad probatoria del ente investigador en su participación dentro del proceso penal (...) por lo que, ha actuado ajustado a los lineamientos legales y constitucionales aplicables a la causa penal que asiste a su conocimiento, donde funge como procesado el señor accionante ALEXANDER ZULETA MARULANDA.”*

5.3 La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, destacó que en sede de primera instancia *“no accedió al rechazo de la declaración de la presunta víctima formulado por el Defensor del señor accionante considerando que si bien no se relacionó técnicamente en el escrito de acusación como testigo, no hubo sorprendimiento por parte de la defensa, estimando que el descubrimiento probatorio busca en Ley 906 de 2004, evitar sorprendimiento a la contraparte y precisó que en ese caso la Fiscalía en la acusación descubrió la existencia de la menor víctima y manifestó que había rendido una entrevista”*, por lo que, mediante auto del 11 de agosto de 2022, concluyó que *“para la procedencia del rechazo del medio con vocación probatoria debe ser evidente que no se trata de una estrategia que busque dejar a la contraparte sin medios de prueba, porque tal figura no ha sido concebida para valerse de cualquier omisión para impedir la solicitud y práctica probatoria, pues en verdad el rechazo solo debe decretarse cuando resulte estrictamente necesario para proteger derechos y garantías fundamentales.”*

6. Los demás vinculados guardaron silencio.<sup>1</sup>

#### **IV. CONSIDERACIONES**

7. De conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (*modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021*), la Sala de Casación Penal es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por ALEXANDER ZULETA MARULANDA a través de apoderado, al

---

<sup>1</sup> Para la fecha de entrega del proyecto al despacho no se advirtieron respuestas adicionales.

comprometer actuaciones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, de quien es su superior funcional.

8. En el presente caso, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la acción de tutela es procedente contra el auto del 11 de agosto de 2022, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, que confirmó la negativa del juez de primer grado de aplicar al ente acusador la sanción señalada en el artículo 346 de Código de Procedimiento Penal, por falta de descubrimiento probatorio.

9. Dispone el artículo 86 de la Constitución Política, y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que la ley contempla; amparo que solo procederá si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

10. En atención al problema jurídico que se planteó la Sala, es oportuno recordar que la acción de amparo de los derechos fundamentales, por principio general, es improcedente contra actuaciones y decisiones judiciales; sin embargo, se ha permitido la intervención excepcional del juez de tutela, ante la ausencia de medios de defensa para conjurar la afectación, o cuando existiendo se tornan ineficaces.

11. De igual forma, también se ha explicado que las características de *subsidiariedad* y *residualidad* que son predicables de la acción de amparo, aparejan como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados fundamentales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial, al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

12. Por lo anterior, no puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando la tutela se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

13. La pretensión principal de la demanda de tutela está encaminada a que se revoque la decisión proferida el 2 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, confirmada el 11 de agosto de 2022, por la Sala Penal del Tribunal de la misma ciudad, que negó la aplicación la sanción contenida en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, respecto del testimonio de la menor M.C.P.C., por cuanto, la fiscalía no lo enlistó en el escrito de acusación, ni en la acusación, sino que, solo lo mencionó en la audiencia preparatoria, situación que reprocha la defensa y lo enmarca en un incumplimiento del deber de descubrimiento.



14. Examinada la actuación, se establece que la acción de tutela no cumple el presupuesto de subsidiariedad, porque el proceso dentro del cual se tomó la decisión cuestionada se encuentra en curso, estando pendiente de agotarse distintas fases procesales donde aún se dispone de medios de defensa judicial, pero, ante todo, porque la acción constitucional no es una tercera instancia, a la que sea dable acudir cada vez que las decisiones de las autoridades judiciales sean desfavorables.

15. 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.

16. 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).

17. De tal modo, se percibe que la causa reprochada por el accionante **está en curso**. De acuerdo con lo manifestado por el apoderado judicial de ALEXANDER ZULETA MARULANDA, al igual que las autoridades accionadas y

vinculadas, el trámite aún no ha llegado a la conclusión de la primera instancia, en atención a que ni siquiera se ha surtido la audiencia de juicio oral. Es decir, no se ha producido agotamiento del obrar del juez ordinario.

18. Por ese motivo, el accionante ostenta la posibilidad de reclamar, al interior del mismo, el respeto de las prerrogativas fundamentales invocadas en este procedimiento breve y sumario. Pues, no puede olvidarse que el juez de conocimiento también es un fallador constitucional, quien puede y deber atender la reclamación que para el efecto proponga la defensa en la oportunidad procesal correspondiente. Por ende, es inadmisibles acudir para tal fin a la tutela (CSJ STP8982-2019, 4 jul. 2019, radicado 105119).

19. Ahora bien, en el supuesto de resultar la sentencia de primera instancia contraria a los intereses del implicado ALEXANDER ZULETA MARULANDA, bien pueden interponer el recurso de apelación y exponer los argumentos formulados en la presente demanda de amparo en dicho estadio procesal. Ello, sin perjuicio de que el fallador *Ad quem* proteja los derechos fundamentales de ZULETA MARULANDA, en tanto debe revisar la legalidad del trámite, así como propender por el respeto de las garantías constitucionales de él, en especial la de defensa. (CSJ STP2023-2021, 18 feb. 2021, rad. 114734).

20. Aunado a lo anterior, se advierte que, eventualmente, el acusado puede promover recurso extraordinario de casación, donde también se es guardián de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en las distintas causas, toda vez

que, por antonomasia, es el mecanismo constituido para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los involucrados, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia.

21. Lo precedente, si se tiene en cuenta que uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo consiste, precisamente, en que se hayan agotado todas las herramientas ordinarias y extraordinarios de protección judicial (CC C-590- 2005 y CC T-332-2006; CSJ STP16324-2016, 10 nov. 2016, radicado 89049).

22. En ese orden, es allí, ante el fallador natural, el estadio adecuado donde la parte accionante puede plantear sus inconformidades, expresar los motivos de sus desacuerdos frente a las decisiones adoptadas y recurrirlas, hasta llegar, incluso, a la autoridad de cierre de la jurisdicción ordinaria, la que finalmente resuelva el asunto.

En coherencia con lo expuesto, permitir que sin el agotamiento de los recursos legales se acuda directamente a la presente acción constitucional, sería aceptar que este mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales pierda tal carácter y se convierta en general y paralelo a los otros (CSJ STP4831-2018).

23. Ello se opone expresamente a lo dispuesto por la Carta Magna, cuando indica en su artículo 86 que *«Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial»*; y lo reafirma el artículo 6° del Decreto 2591

de 1991, al establecer que «*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales*».

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que «*la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.*» (CC T-1343/01).

24. Entonces, al estar aún en trámite la actuación y contar con otros medios de defensa judicial idóneos al interior de la misma, la petición de amparo propuesta es improcedente, ante la carencia del presupuesto de subsidiariedad.

Las etapas, recursos y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **V. RESUELVE**

**1. DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo constitucional invocado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de

esta decisión.

**2. NOTIFICAR** este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**3. ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo, en caso de no ser impugnado.

Cúmplase



**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

Sala Casaca

122



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria