

RV: Generación de Tutela en línea No 1159658

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Lun 21/11/2022 8:50

Para: Recepcionprocesospenal <recepcionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>

Tutela primera

ZULMA ESPERANZA ALFONSO MENDEZ

De: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Ibagué <apptutelasibe@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 21 de noviembre de 2022 8:44 a. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Cc: zulma.alfonso <zulma.alfonso@fiscalia.gov.co>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 1159658

BUENOS DÍAS, PARA CONOCIMIENTO Y FINES PERTINENTES, SE REMITE ACCIÓN CONSTITUCIONAL, RECIBIDA A TRAVÉS DEL APLICATIVO WEB. CUALQUIER INQUIETUD O FALTANTE CON EL CONTENIDO, POR FAVOR SOLICITARLO AL PETICIONARIO. MUCHAS GRACIAS.

NOTA: Se comunica que, debido a las fallas presentadas en el internet de la RAMA JUDICIAL el día 18 de noviembre de 2022, realizamos el reparto hoy 21 de noviembre de 2022, de antemano gracias por su comprensión.

Atentamente,

Oficina Judicial Reparto.

CORDIAL SALUDO,

OFICINA JUDICIAL REPARTO.

Pd: Dado que el presente correo, recibe mensajes única y exclusivamente desde el aplicativo, cualquier inquietud que surja, posterior al reparto de la acción constitucional, favor dirigirse al correo del despacho al cual se radicó la misma, inserto dentro del presente mensaje, o al correo electrónico: ofjudibague@cendoj.ramajudicial.gov.co.

De: Tutela y Habeas Corpus en Línea Rama Judicial <tutelaenlinea@deaj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 18 de noviembre de 2022 11:49

Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Ibagué <apptutelasibe@cendoj.ramajudicial.gov.co>; zulma.alfonso <zulma.alfonso@fiscalia.gov.co>

Asunto: Generación de Tutela en línea No 1159658

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 1159658

Departamento: TOLIMA.
Ciudad: IBAGUE

Accionante: ZULMA ESPERANZA ALFONSO MENDEZ Identificado con documento: 51761792
Correo Electrónico Accionante : zulma.alfonso@fiscalia.gov.co
Teléfono del accionante : 3213884328
Tipo de discapacidad : NO APLICA

Accionado/s:
Persona Jurídico: TRIBUNAL SUPERIOR IBAGUÉ SALA PENAL- Nit: ,
Correo Electrónico: prestsiba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Dirección:
Teléfono:

Medida Provisional: NO

Derechos:
DEBIDO PROCESO,

Descargue los archivos de este tramite de tutela aqui:
[Archivo](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:

Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama

Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Ibagué Tolima, 18 de noviembre de 2022

**Honorables Magistrados
Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Bogotá, D.C.**

**Asunto: Acción de Tutela contra el
Honorable Tribunal Superior de Ibagué,
Sala Penal.**

Respetados Magistrados,

ZULMA ESPERANZA ALFONSO MENDEZ,
identificada con cédula de ciudadanía No.
51.761.792 expedida en Bogotá D.C., de
conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la
Constitución Política, me permito presentar acción
de tutela en contra de la Sala Penal del tribunal
Superior de Ibagué, conforme a los siguientes

Hechos:

1. En mi calidad de Fiscal Segunda Seccional de Ibagué, Unidad CAIVAS, intervine ante el Juzgado Sexto Penal de Circuito de Ibagué en la etapa de juzgamiento del proceso penal adelantado en contra del ciudadano MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA, por los delitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años, Agravado por los numerales 2° y 5° del artículo 211 del CP, en concurso homogéneo y con la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 5° del artículo 58 del CP, en calidad de autor.

2. Los hechos por los cuales se formuló acusación consistieron en que “Desde el año 2007 y en varias ocasiones por espacio de 8 meses, en la finca El Reflejo de esta ciudad, el procesado MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA, aprovechando los momentos en que quedaba solo con las hijastras, abusó sexualmente de ellas, es el caso de la menor I.P.M.L. de nueve años, a quien en el cuarto le bajó los pantalones, le introdujo los dedos y el pene en la vagina y en el de la menor M.M.L. de 13 años para el año 2009 manoseó sus partes íntimas y le introdujo los dedos en la vagina, motivo por los cuales fue objeto de captura y judicialización”.
3. El 6 de abril de 2018, el Juez Sexto Penal de Circuito de Ibagué emitió sentencia condenatoria en contra del enjuiciado, imponiéndole una pena principal de veintisiete (27) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, siéndole negados el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.
4. Apelada la decisión por parte de la defensa técnica, se concedió el recurso ante el Honorable Tribunal Superior de Ibagué, que en auto de 3 de mayo de 2022, resolvió: “Declarar la NULIDAD de lo actuado a partir de la sesión de juicio oral celebrada el 6 de marzo de 2017, en la que el Juzgado de primera instancia se disponía a recibir la declaración de la testigo de cargo Marisela Lozano Martínez, así como a los de la defensa Álvaro Bocanegra, Martha Aristizábal Ramírez, y el de las menores I.P.M.L. y M.M.L., debiendo rehacer las actuaciones posteriores y dejando incólumes los actos procesales anteriores como fue mencionado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
5. El sustento de la nulidad de acuerdo con el Tribunal, recae en que “el día 6 de marzo de

2017, se desarrollaba la segunda sección de la audiencia de juicio oral en contra del implicado MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA, donde a partir del minuto 1:12.05' el Juez suspendió la diligencia para recibir la declaración de la señora Marisela Lozano Martínez, representante legal de las menores víctimas, no obstante, el registro no siguió grabando y se congeló la imagen, no pudiéndose escuchar esta declaración y la de todos los testigos de la defensa, entre los que se encuentran las menores víctimas.

Concluye el Tribunal que “surge inevitablemente la necesidad de declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se generó la irregularidad, esto es, desde la audiencia de juicio oral del 6 de marzo de 2017, con el fin de repetir los testimonios de Marisela Lozano Martínez, los de la defensa representados en la declaración de Álvaro Bocanegra, Martha Aristizábal Ramírez y el de las menores I.P.M.L. y M.M.L. así como rehacer las demás actuaciones posteriores, alegatos, sentido del fallo y sentencia”.

Concepto de la violación de los derechos Fundamentales

Considero Honorables Magistrados que el tribunal Superior de Ibagué, al ordenar repetir el juicio incurrió en una vulneración del debido proceso, por cuanto, previo a adoptar esa decisión, no agotó el trámite de reconstrucción de las piezas procesales extraviadas y en este sentido, nunca requirió a los sujetos procesales para que aportaran las copias que tuvieran a su disposición.

En este sentido, esta Fiscalía cuenta con el registro de audio de la audiencia de 6 de marzo de 2017, toda vez que fue obtenida una copia en su

momento oportuno, formando parte del expediente de la Fiscalía, la cual, de haber sido requerida por el Honorable Tribunal, se habría aportado inmediatamente, para que se surtiera en debida forma la apelación.

Así las cosas, la omisión del Tribunal Superior de Ibagué, al no agotar el trámite legal de reconstrucción, conlleva necesariamente a repetir el juicio en un caso de violencia sexual contra menores de edad, con la clara revictimización que ello implica, por lo que la decisión en ese sentido resulta contraria a los fines constitucionales que propenden por la protección de las víctimas, a la jurisprudencia y a la obligación de los jueces y demás funcionarios judiciales, de resolver los asuntos en perspectiva de género, con la finalidad de erradicar la violencia contra la mujer (T-338-18).

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Bien es sabido que la tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales y siguiendo las reglas jurisprudenciales considero se cumplen a cabalidad sus requisitos de procedibilidad, así:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Requisito satisfecho en este caso en cuanto atañe con los derechos de las víctimas en el proceso penal, los cuales tienen arraigo en la Constitución Política y gozan de amplio desarrollo en la jurisprudencia especializada.

b. Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa

judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

En este aspecto vale señalar que la decisión adoptada por el Honorable Tribunal Superior no fue susceptible de recurso alguno, razón por la que no existe medio diferente a la Tutela para pretender el amparo de los derechos vulnerados.

De otra parte, el cumplimiento de la providencia judicial cuestionada, implicará un perjuicio irremediable, pues conlleva la convocatoria de las víctimas al juicio oral, para repetir el sometimiento y el escarnio al que ya fueron expuestas.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez.

La tutela se interpone en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, hecho evidente en este caso al haberse proferido recientemente la decisión judicial origen de la posible transgresión de derechos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales del accionante.

Considero colmado este requisito, en el sentido que la omisión del trámite de reconstrucción, determinó al Tribunal a decretar una nulidad que implica retrotraer la actuación y repetir la práctica del testimonio de mujeres víctimas de violencia de género, con todas las consecuencias que implica para la estabilidad emocional y en general la salud mental de personas que merecen especial protección del Estado.

- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.**

En el acápite respectivo se relacionaron los hechos que dan lugar a la vulneración de derechos fundamentales, no son otros que una declaratoria de nulidad procesal por pérdida de piezas procesales, sin el agotamiento previo del trámite de reconstrucción. Insistimos que la decisión judicial controvertida no fue susceptible de recursos.

- f. Que no se trate de sentencias de tutela.**

La decisión cuestionada se adoptó en un proceso de la jurisdicción ordinaria.

Requisitos específicos de procedibilidad de la acción

Enseña la Jurisprudencia que la acción de tutela contra providencias judiciales procede cuando se presenta y acredita alguno de los siguientes yerros: defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, por error inducido, falta de motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución.

En el presente asunto, se incurrió en un defecto procedimental absoluto, pues se pretermitió el trámite de reconstrucción de las piezas procesales extraviadas.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela STP282-2018, señaló:

"en el sub lite, concurre uno de los citados presupuestos, esto es, el defecto procedimental absoluto, pues no existe razón jurídica válida, para dejar en el limbo la definición de los recursos interpuestos por las partes e intervinientes dentro del proceso penal.

Actuar de esa manera, desconocería el principio contenido en el artículo 10 del código de Procedimiento Penal, según el cual:

Actuación Procesal: la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia".

Con relación a la reconstrucción del expediente, la Corte Suprema de Justicia, en providencia STP13755-2022, Radicación No. 125838, señaló:

"Tal procedimiento constituye el mecanismo judicial idóneo frente a la pérdida total o parcial de un expediente. Dicho trámite, regulado por el legislador, debe realizarse a la mayor brevedad. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado, en postura que acoge la Sala, que la pérdida de un expediente conlleva la inactividad judicial y, a esta circunstancia, no puede sumarse la demora en su reconstrucción, pues tal proceder contraviene los derechos fundamentales de quien se ha visto perjudicado con la falta de custodia del expediente. (CC T-328 de 2020 y CSJ AP1732, 2 may. 2018, rad. 52580).

Ya en decisión STP4897-2022, Radicación No. 114371, había indicado:

(...) las entidades públicas deben observar una serie de obligaciones que les imponen los derechos de petición y habeas data sobre el

cual le es exigible una obligación de seguridad y diligencia en su administración, custodia y cuidado, así como la conservación de los datos que allí reposan, aun cuando dicha información se extravíe, tiene el deber de reconstrucción del archivo por pérdida o destrucción, puesto que:

«Cuando los archivos de una entidad hayan desaparecido por causas ajenas a la misma administración, y la información allí depositada sea necesaria para tomar una decisión de fondo respecto de un proceso judicial o administrativo, esta Corte ha establecido la obligación de que dicha información sea reconstruida.»

En sentencia T-600 de 1995, la Corte ante la pérdida de un expediente que contenía un trámite de amparo policivo, ordenó, con fundamento en el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil de la época, la reconstrucción del expediente en el menor tiempo posible.

En posterior pronunciamiento, este Tribunal consideró que: “Es posible que por circunstancias múltiples el expediente o parte del mismo llegue a extraviarse. Frente a tal inconveniente, la legislación ha establecido el proceso de reconstrucción de expediente, normado, en términos generales, en el Código de Procedimiento Civil, artículo 133.”

La obligación de reconstrucción de los archivos públicos fue reiterada por esta Corporación en sentencia T-048 de 2007, en la que afirmó: “Es parte esencial de todo proceso o actuación administrativa la existencia de un expediente con base en el cual se pueda determinar lo necesario para proferir una decisión de fondo. Es posible que por circunstancias múltiples el expediente o parte del mismo llegue a extraviarse. Frente a tal inconveniente, la legislación ha establecido el proceso de reconstrucción de expediente, normado, en términos generales, en el Código de Procedimiento Civil, artículo 133.” (Subraya la Sala). (...)

“Para que un juez pueda proferir una decisión de fondo es indispensable que cuente con documentos y soportes que le den claridad al momento de resolver, cumpliendo siempre las garantías del debido proceso. Sin embargo, por diferentes circunstancias puede ocurrir que el expediente o parte del mismo lleguen a extraviarse, dificultando la tarea del juez. (...) Del mismo modo sucede con la Administración, que en su diario desenvolvimiento puede verse en dificultad de actuar en debida forma respecto a terceros, por circunstancias adversas en las que a causa del extravío de documentos que están en su poder se causa detrimento a los intereses de los administrados. (...) Ante tal eventualidad, el ordenamiento diseñó la reconstrucción de expedientes y documentos, consagrado en el Código de Procedimiento Civil, artículo 133, como herramienta eficaz en la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, acceso a la justicia, etc.”

Posteriormente, en sentencia T-592 de 2013, la Corte reiteró la importancia constitucional de la reconstrucción del archivo público, procedimiento que, en esta oportunidad, debía realizarse con fundamento en el artículo 126 del Código General del Proceso.”¹

PRETENSION:

Solicito se ampare mi derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia deje sin efectos el auto de 3 de mayo de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, dentro del proceso 730266000456201200271 NI 30027.

En consecuencia, se ordene la reconstrucción del expediente, para de esta manera allegar el registro de audio extraviado y proceda el Honorable Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la

¹ Corte Constitucional. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. T-398/15.

defensa, respecto del fallo condenatorio emitido por el Juez Sexto Penal de Circuito de Ibagué, en contra de MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA.

NOTIFICACIONES: Las recibiré en los correos electrónicos zulma.alfonso@fiscalia.gov.co, zuesalme@gmail.com. Abonado celular 321 3884328, Carrera 10 sur No 46 – 80 zona industrial El Papayo Dirección Seccional de Fiscalías Ibagué Tolima, Bloque 3 primer piso, Despacho fiscal 2 Seccional CAIVAS (Delitos Sexuales)

ANEXO:

. Decisión de Nulidad del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala de Decisión Penal.

. Archivo de audio de la audiencia celebrada el 6 de marzo de 2017.

Atentamente,



ZULMA ESPERANZA ALFONSO MENDEZ

C.C. 51.761792 BTA D.C

FISCAL SEGUNDA SECCIONAL CAIVAS JUICIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso: Auto Declara Nulidad.
Radicado: 73026.60.0.456.2012.00271.01.
N.I. 30027.
Contra: Maximiliano Delgado Orjuela.
Delito: Acceso Carnal Abusivo con Menor de
14 años Agravado en concurso homogéneo.
Víctimas: I.P.M.L. – M.M.L. (Menores).
Rep/ legal: Marisela Lozano Martínez.
Ley 906 de 2004.

MAGISTRADA PONENTE: JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA

Aprobado mediante acta número 333.

Ibagué, tres (3) de mayo de dos mil veintidós (2022)

OBJETIVO

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado **MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA** contra la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, Tolima, de fecha seis (06) de abril de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se declaró al precitado penalmente responsable de la conducta punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado en concurso homogéneo, de no ser porque se advierten ciertas irregularidades sustanciales que afectan parcialmente la validez de este proceso.

SUPUESTOS FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes que surgen de la actuación son los siguientes:

"Desde el año 2007 y en varias ocasiones por espacio de 8 meses, en la finca El Reflejo de esta ciudad, el procesado **MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA**, aprovechando los momentos en que quedaba solo con las hijastras, abusó sexualmente de ellas, es el caso de la menor I.P.M.L. de nueve años, a quien en el cuarto le bajó los pantalones, le introdujo los dedos y el pene en la vagina y en el de la menor M.M.L. de 13 años para el año 2009 manoseó sus partes íntimas y le introdujo los dedos en la vagina, motivo por los cuales fue objeto de captura y judicialización".

ACTUACIÓN PROCESAL

Formulación de Imputación.

El 26 de mayo de 2014, se realizaron ante el Juzgado 7° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué, Tolima, la audiencia preliminar concentrada¹, dentro de la cual se le imputó a MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA los delitos de *Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado por los numerales 2° y 5° del artículo 211 del CP en concurso homogéneo y con la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 5° del artículo 58 del CP* en calidad de autor, cargos que no fueron aceptados por el precitado, siendo además, afectado

¹ Folio 25 a 27. Archivo 0.1. CuadernoDePrimeraInstanciaParte1. Expediente Electrónico.

con medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario, sin embargo, en audiencia² del 12 de agosto de 2016, el Juez 8° Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad le concedió la libertad provisional por vencimiento de términos.

Formulación de Acusación:

El 15 de julio del 2014, la Fiscalía 2° Seccional Caivas, presentó escrito de acusación³ en contra de MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA por los delitos anteriormente señalados, cuyo conocimiento⁴ le correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué.

El 9 de septiembre de 2014, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación⁵, donde el órgano titular de la acción penal acusó al implicado por los delitos imputados, se realizó el reconocimiento de la víctima y se efectuó el descubrimiento probatorio.

Audiencia Preparatoria.

La audiencia preparatoria⁶ se llevó a cabo el día 06 de octubre de 2014, estadio procesal donde se dio el descubrimiento y enunciación de los medios probatorios por parte de la defensa y

² Folio 1 a 2. CuadernoDeGarantías. Expediente Electrónico.

³ Folio 11 a 19. Archivo 0.1. CuadernoDePrimerInstanciaParte1. Expediente Electrónico.

⁴ Folio 8. Archivo 0.1. CuadernoDePrimerInstanciaParte1. Expediente Electrónico.

⁵ Folio 1 a 2. Archivo 0.1. CuadernoDePrimerInstanciaParte1. Expediente Electrónico.

⁶ Folio 97 a 98. Archivo 0.2. CuadernoDePrimerInstanciaParte2. Expediente Electrónico.

se decretaron las pruebas solicitadas por ambos sujetos procesales para practicarlas y debatirlas en la audiencia de juicio oral. Decisión que no fue objeto de recurso alguno.

Audiencia de Juicio Oral.

El juicio oral se desarrolló en cuatro (04) sesiones:

La primera⁷, el 26 de enero de 2017, donde las partes expusieron las teorías del caso, se incorporaron los documentos que soportan las estipulaciones probatorias relacionadas con la plena identificación del acusado y la edad de las menores víctimas y se inició la recepción de los testimonios de la Fiscalía General de la Nación.

La segunda⁸, el 6 de marzo de 2017, que se llevó en cabo en dos jornadas, donde se continuó con los testimonios de cargo y de descargo.

La tercera⁹, el 19 de abril de 2017, en la que se declaró el cierre del debate probatorio y se escucharon a las partes e intervinientes en alegatos de conclusión.

La cuarta¹⁰, el 6 de abril de 2018, donde se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio y se procedió a dar lectura de la sentencia. Decisión que fue objeto del recurso de apelación por parte del defensor.

⁷ Folio 62. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

⁸ Folio 44 a 45. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

⁹ Folio 41 a 42. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

¹⁰ Folio 36 a 37. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo mediante providencia¹¹ del 6 de abril de 2018, luego de realizar un análisis fáctico y jurídico de las pruebas allegadas por la Fiscalía, concluyó que es posible inferir la responsabilidad penal de **MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA** por los delitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años Agravado, en concurso homogéneo, en calidad de autor, toda vez que atentó contra la integridad y libertad sexual de I.P.M.L y M.M.L, menores de 9 y 13 años respectivamente, aprovechándose de su condición de padrastro para proceder a realizar los actos endilgados.

A tal conclusión llegó, después de analizar en forma conjunta los medios de prueba allegados, entre los que se encuentran, las declaraciones de las menores ofrecidas en el juicio oral y las previas a este, como es el caso de las expuestas ante la Comisaría de Familia para los días 20 y 21 de diciembre de 2012. Versiones que para el Juzgador denotan una clara retractación de lo que realmente aconteció, las cuales se vislumbraron mendaces, contradictorias y sin corroboración alguna.

Recalcó el operador de justicia que lo vertido por las menores en la anamnesis ofrecida ante el médico legista es coherente, lógico, que detalla cada uno de los actos constitutivos de acceso, lo cual también se encuentra corroborado periféricamente, en cuanto a que no existía ninguna animadversión o enemistad entre víctimas y acusado, y contó

¹¹ Folio 12 a 34. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

con la declaración de la psicóloga Sonya Daray López adscrita a la Comisaría de Familia de Alvarado – Tolima.

Respecto de lo declarado por Luz Miryam Martínez Andrade y Marisela Lozano Martínez, abuela y madre de las menores, señaló que sus versiones estaban dirigidas a soslayar lo que inicialmente conocían sobre los hechos, lo que las menores habían manifestado, así como a desconocer las diferentes actuaciones investigativas y de restablecimiento de derechos a que fueron sometidas, con un claro propósito de favorecer la situación jurídica del procesado.

Agrega que la existencia del hecho, así como la responsabilidad penal del acusado se encuentran demostradas con las declaraciones iniciales de las menores, las cuales fueron dignas de credibilidad, estuvieron corroboradas con la prueba médico legal sexológica, donde las víctimas narran lo que les venía sucediendo, lo cual es evidenciado por la psicóloga y por los hallazgos de vestigios de desfloración antigua encontrados en M.M.L., lo que permite considerar que lo narrado por estas ante dichos profesionales no es prueba de referencia.

Frente a la postura de la defensa, tendiente a la aplicación del *in dubio pro reo* a favor del enjuiciado, precisó que no se encontraba fundada, en la medida que no se presentó una desigualdad de género de cara a la valoración probatoria, no se acreditó que las menores hubieran mentido con miras a procurar la salida del padrastro del hogar, no se vislumbró ninguna incidencia desfavorable en que los hechos fueran del año 2007 y

la investigación en el año 2012 y no se identificó por el defensor ninguna irregularidad en el escrito de acusación, lo cual de ser cierto, debió ser ventilado en el momento procesal determinado, esto es, la audiencia de formulación de acusación.

En consecuencia, por estos hechos se condenó al precitado a la pena principal de veintisiete (27) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, siéndole negados el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria con fundamento en la prohibición legal del artículo 68A del Código Penal y el canon 199 de la Ley 1098 de 2006, de allí que se ordenara su captura de forma inmediata para el cumplimiento de la sanción.

DEL RECURSO

Recurrente.

Inconforme con la sentencia condenatoria emitida por el a quo, el defensor de **MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA** interpuso por escrito el recurso de apelación¹², con el propósito de revocar la decisión y en su lugar, obtener una sentencia absolutoria, basado en los siguientes reproches:

- La retractación que hicieron las menores en la audiencia de juicio oral cumple con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, se convierten en

¹² Folio 6 a 10. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

el único medio de prueba idóneo que permite indicar las razones del por qué hicieron esas insinuaciones en contra del padrastro, lo cual no tuvo en cuenta el funcionario de primera instancia, quien le dio credibilidad a la versión inicial de las víctimas.

- El funcionario judicial se inclinó por la tercera tesis de que trata la jurisprudencia cuando se refiere a la retractación de los testigos que presentan dos versiones antagónicas, no obstante, no la sustentó de forma suficiente, por lo que la defensa considera que la Sala debe inclinarse por la segunda tesis, en tanto, que el Juez no está obligado a admitir ninguna de ellas por falta de credibilidad, resultando apropiado aplicar en su favor la duda.

No recurrentes

Obra constancia secretarial¹³ que los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio frente al recurso de apelación sustentado por la defensa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, esta Corporación Judicial es competente por los factores funcional, objetivo y territorial, para conocer del

¹³ Folio 3. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

recurso interpuesto contra la sentencia proferida en este proceso, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué - Tolima.

LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN.

Revisado en su integridad el caso, se avizora con claridad que el mismo no podrá surtir el recurso de apelación, por cuanto se presenta una irregularidad que afecta el proceso e impide resolver adecuadamente la alzada. Inicialmente, es imperioso precisar con relación a las causales de nulidad, que el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que actualmente rige en nuestro país, prevé la violación al debido proceso en aspectos sustanciales y su arista el derecho de defensa como una de ellas, según lo preceptuado en su artículo 457, cuyo tenor literal reza:

"Artículo 457. Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. (...)”¹⁴

En ese sentido, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Penal Ordinaria, en providencia del año 2013, puntualizó:

"Ellas, además, se rigen por el postulado de trascendencia en sus diversas connotaciones epistemológicas; por un lado, la exclusiva irregularidad o menoscabo a la ley, no es presupuesto dominante para su configuración; se requiere, en segundo lugar, el efectivo detrimento, perjuicio o lesión de los derechos y garantías adquiridas por los intervinientes o partes en la dinámica judicial; en tercer término, es obligación del jurista mostrar en interés legal de su representado las bondades, beneficios y ventajas del ataque propuesto.

¹⁴ Artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Lo dicho permite afirmar que, la transgresión al debido proceso o al derecho de defensa (técnico o material), debe ser de bulto, grosera, que pretermita u omita un acto procesal distinguido por la ley y al que obligatoriamente los funcionarios deban acceder, desde luego, evitando su no conculcación o, si se quiere, garantizándole los derechos constitucionales fundamentales a los intervinientes, en todos los frentes judiciales.”¹⁵ (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Bajo estos parámetros, no sobra recordar que el debido proceso constitucional establece que toda clase de actuaciones judiciales y administrativas deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes y procedimientos preestablecidos por el ordenamiento jurídico vigente, es decir, con observancia de las formas propias de cada juicio.

En ese orden, las actuaciones que se surtan dentro de un proceso penal con tendencia acusatoria deben sujetarse a los principios rectores y garantías procesales que se encuentran consagrados en el Título Preliminar de la Ley 906 de 2004 (artículos 1 a 27), en especial, los siguientes:

“Artículo 9º. Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

Artículo 10. Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En

¹⁵ Sentencia del 27 de febrero 2013, radicación: 37.228, M.P. Javier Zapata Ortiz.

ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes".¹⁶ (Negrilla por fuera del texto original).

Así, al contextualizar los preceptos legales y jurisprudenciales *ut supra* con las particularidades del caso bajo examen, se observa que el día 6 de marzo de 2017¹⁷, se desarrollaba la segunda sección de la audiencia de juicio oral en contra del implicado **MAXIMILIANO DELGADO ORJUELA**, donde a partir del minuto 1:12.05' el Juez suspendió la diligencia para recibir la declaración de la señora Marisela Lozano Martínez, representante legal de las menores víctimas, no obstante, el registro no siguió grabando y se

¹⁶ Artículos 9 y 10 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁷ Ver Audio 05. Audiencia de Juicio Oral del 6 de marzo de 2017. Acta. Folio 44 a 45. Archivo 0.3. CuadernoDePrimeraInstanciaParte3. Expediente Electrónico.

congeló la imagen, no pudiéndose escuchar esta declaración y la de todos los testigos de la defensa, entre los que se encuentran las menores víctimas.

La Sala al encontrar esta anomalía, solicitó¹⁸ el pasado 24 de marzo de 2022 al Juzgado 6º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué, copia del audio respectivo para establecer, si la falla obedecía en la grabación del CD o si definitivamente, el registro de la audiencia de juicio oral quedó defectuoso desde un principio.

En atención a la solicitud anterior, el Juzgado de primera instancia a través del Escribiente del Centro de Servicios Judiciales, José Augusto Guzmán Corrales, mediante oficio¹⁹ No. 00015 del 28 de marzo de 2022, indicó que no existía el registro de la audiencia del 6 de marzo de 2017 en los backups de dicha dependencia, probablemente por un bajón de energía que se presentó en dicha entidad, lo que aconteció que se afectaran varias audiencias del año 2018 hacía atrás y algunas del año 2019.

Irregularidad que indudablemente impide a esta Colegiatura resolver la apelación propuesta por la defensa del sentenciado, toda vez que los puntos de disenso, así como los argumentos esbozados por el *a quo*, parten de la declaración de estos testigos, especialmente, sobre la retractación que al parecer realizaron las menores víctimas, de allí que la manera de remediar

¹⁸ Ver Folio 1 al 3. Archivo 0.2. Cuaderno de Segunda Instancia. Expediente Electrónico.

¹⁹ Ver Folio 1 al 2. Archivo 0.3. Cuaderno de Segunda Instancia. Expediente Electrónico.

tal anomalía sea la declaratoria de nulidad de lo actuado, como bien, lo tiene decantado el Alto Tribunal de Justicia cuando en providencia²⁰, puntualizó:

En algunos de los apartados de los libelos y en la audiencia de sustentación oral, los defensores coincidieron en sugerir la violación del principio de inmediación por cuenta de la imposibilidad del Tribunal de valorar las pruebas, debido a la falta de aptitud de los registros respectivos para ser reproducidos.

Una falencia de esa categoría, eventualmente, podría dar lugar a declarar la invalidez de la actuación, siempre que se constate que el juez plural no pudo tener acceso al conocimiento que debía reportarle el acervo probatorio, pues, en esas condiciones, carecería de los elementos mínimos para verificar la validez y legalidad o no de la sentencia de su inferior, cuando ella haya sido impugnada por las partes o intervinientes.

*En verdad, de acuerdo con los artículos 9º, 10 y 146 de la Ley 906 de 2004, aunque la actuación es oral, se deben utilizar los medios técnicos disponibles para imprimirle agilidad y garantizar la fidelidad de su registro. **Ante la ausencia absoluta o significativa de los mismos, es claro que el control judicial de las decisiones por quien no presenció directamente las pruebas sería imposible, caso en el cual habría lugar a declarar la nulidad de lo actuado a efecto de repetir los actos procesales afectados por tal anomalía.** No obstante, si los defectos en las grabaciones no son sustanciales o la pérdida de los registros no abarca la esencia del debate, esto es, si la irregularidad no es trascendente de cara a la decisión proferida, no habrá lugar a dicha declaratoria.*

Por lo anterior, surge inevitablemente la necesidad de declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se generó la irregularidad, esto es, desde la audiencia de juicio oral del 6 de marzo de 2017, con el fin de repetir los testimonios de Marisela Lozano Martínez, los de la defensa representados en la

²⁰ CSJ. SP2430-2018. Rad. 45909 del 27 de junio de 2018. MP. Dr. Eyder Patiño Cabrera.

declaración de Álvaro Bocanegra, Martha Aristizábal Ramírez y el de las menores I.P.M.L. y M.M.L. así como rehacer las demás actuaciones posteriores, alegatos, sentido del fallo y sentencia, todo esto, con el fin de proteger el debido proceso y derecho de defensa, quedando incólume las actuaciones anteriores y demás pruebas debidamente practicadas y registradas.

Lo anterior, porque partiendo de la hipótesis planteada por el recurrente, se hace necesario conocer lo sucedido en juicio para saber cuál sería la postura para asumir por parte de la Sala para efectos de adoptar la decisión de fondo dentro de esta actuación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la **NULIDAD** de lo actuado a partir de la sesión de juicio oral celebrada el 6 de marzo de 2017, en la que el Juzgado de primera instancia se disponía a recibir la declaración de la testigo de cargo Marisela Lozano Martínez, así como a los de la defensa Álvaro Bocanegra, Martha Aristizábal Ramírez, y el de las menores I.P.M.L. y M.M.L., debiendo rehacer las actuaciones posteriores y dejando incólumes los actos procesales anteriores como fue mencionado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devuélvase este expediente al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué - Tolima, para lo de su cargo.

TERCERO: Contra la presente decisión, procede únicamente el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA

Firma escaneada según Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



LUIS GUIOVANNE SÁNCHEZ CÓRDOBA



HÉCTOR HUGO TORRES VARGAS

Firma escaneada según Decreto 491 de marzo de 2020.

Luz Mireya Jaramillo Díaz
Secretaria

