

Bogotá, D.C., 23 de enero de 2023

Señores

HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E.S.D.

Ref.: Acción de tutela contra la decisión de la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., del 15 de noviembre de 2022.

ACCIONANTE: FATHIA JALILE ZAPATA LAMIR

ACCIONADO: SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

PROCESO No. 11001650078620180163301

La suscrita, **FATHIA JALILE ZAPATA LAMIR**, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.010.220.403, actuando en mi propio nombre y en calidad de Víctima dentro del proceso penal No. **11001650078620181633 NI. 340809** comedidamente manifiesto ante su despacho que mediante el presente escrito presento *acción de tutela* para la protección del derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, previstos en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, los cuales fueron vulnerados con la decisión proferida por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** el 15 de noviembre de 2022 dentro del Rad. No. 11001650078620180163301, por medio de la cual declaró la nulidad de lo actuado hasta la etapa de la audiencia preparatoria en el proceso que se lleva en contra de quien fue mi pareja sentimental, padre de mi menor hija y actualmente procesado, **SALIM HAMED CHAGÜI FLÓREZ** mayo de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.054.980.858, por el delito de violencia intrafamiliar agravada ante el **JUZGADO TERCERO (3º) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO.**

Conforme a lo anterior, mediante la presente acción de tutela solicito a la Honorable **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** que profiera las siguientes declaraciones y condenas:

I. PRETENSIONES

Primera. - DECLARAR SIN NINGÚN VALOR NI EFECTO, por resultar violatoria del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, la decisión de segunda instancia proferida el 15 de noviembre de 2022 por parte de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, mediante la cual declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, incluyendo dentro de ello la nulidad de la sentencia condenatoria de primer grado proferida por el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO** del 19 de abril de 2022 dentro del Rad. No. 11001650078620180163301.

Segunda. - Para efectos de restablecer el derecho amparado, se **DECLARE** que la sentencia condenatoria de primer grado proferida por el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO** del 19 de abril de 2022 no vulneró el derecho a la defensa de **SALIM HAMED CHAGÜI FLÓREZ**, y se dicte sentencia sustitutiva de remplazo amparando los derechos fundamentales conculcados.

El reconocimiento de las citadas pretensiones se fundamenta en los siguientes,

II. HECHOS

1. Antecedentes fácticos y procesales

1.1. El 11 de julio del año 2018 **FATHIA JALILE ZAPATA LAMIR** ("**FATHIA ZAPATA**"), fue Víctima de maltrato físico por parte del padre de su menor hija y entonces pareja sentimental **SALIM HAMED CHAGÜI FLÓREZ** ("**SALIM CHAGÜI**"), razón por la cual presentó denuncia en su contra el 12 de julio de 2018, fue valorada el 13 de julio de 2018 por parte del **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINAL LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**, quien dio una incapacidad médico legal de cuatro (4) días.

1.2. El 25 de febrero de 2019 el **JUZGADO 33 PENAL MUNICIPAL DE CONTROL DE GARANTÍAS** presidió la Audiencia de Formulación de Imputación en contra de **SALIM CHAGÜI** por la presunta comisión del

delito de violencia intrafamiliar agravada -por recaer la conducta sobre una mujer-, según el inciso 2° del artículo 229 del C.P. A la audiencia asistió **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogada defensora de oficio **CARMEN ELISA ARDILA ARDILA**, el indiciado no aceptó los cargos.

1.3. El 6 de marzo de 2019 la **FISCALÍA 298** adscrita a la **UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ARMONIA FAMILIAR** radicó el escrito de acusación. El conocimiento de la actuación le correspondió al **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**.

1.4. El 18 de junio de 2019 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** celebró la audiencia de acusación, la **FISCALÍA 285 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** formuló acusación en los mismos en que se hizo la imputación. A la audiencia asistió **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogado defensor de oficio **VICTOR RAUL ROMERO** a quien se le corrió en debida forma traslado del escrito de acusación, y quien solicitó a la **FISCALÍA 285 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** que en el numeral 6.4.11 le hiciera traslado del reconocimiento médico legal realizado a **SALIM CHAGÜI** del 12 de julio de 2018 donde se determinó una incapacidad definitiva de 8 días.

1.5. El 24 de septiembre de 2019 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** inició la audiencia preparatoria de juicio oral, a la audiencia asistió **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogado defensor de oficio **CESAR AUGUSTO VERGARA NIÑO**, quien solicitó al Juez la suspensión del proceso en búsqueda de material probatorio, el juez concedió la suspensión de la audiencia es para garantizar el derecho a la defensa material de **SALIM CHAGÜI** (Minuto 9:49 de la Audiencia preparatoria). Por lo anterior, El 7 de enero de 2020 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** celebró la audiencia preparatoria de juicio oral.

1.6. El 8 de junio de 2021 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** instaló la audiencia de juicio oral, a la cual asistió la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, la Víctima, y **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogado defensor de oficio **CESAR AUGUSTO VERGARA NIÑO**. En la

audiencia se preguntó al Defensor si tuvo la oportunidad de hablar con su defendido, ante lo que manifestó que si, igualmente, en la audiencia **SALIM CHAGÜI** no aceptó los cargos; la Fiscalía anunció que demostraría que **SALIM CHAGÜI** era responsable del delito por el que lo acusó y que por ello solicitaría sentencia condenatoria, por su parte la defensa no presentó teoría del caso; se manifestaron las estipulaciones probatorias; se recibió el testimonio de la Víctima **FATHIA ZAPATA** y el Defensor contrainterrogó; se recibió el testimonio de **NATALIA GALÁN GUTIÉRREZ DE PIÑEREZ** y se aplazó la audiencia.

1.7. El 10 de diciembre de 2021 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** instaló la continuación de la audiencia de juicio oral a la cual asistió la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, la Víctima, y **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogado defensor de oficio **CESAR AUGUSTO VERGARA NIÑO**, se recibió el testimonio de la experta **ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ OTERO** quien para la fecha de los hechos trabajaba en el **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINAL LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**, quien fue contrainterrogada por el Defensor; terminada la práctica de la prueba por parte de la Fiscalía, se recibió el testimonio de **SALIM CHAGÜI** como prueba de la Defensa, en el testimonio **SALIM CHAGÜI** mostró fotos, el examen médico legal que le realizaron el 12 de julio de 2018, del cual leyó las conclusiones, la fiscalía realizó el contrainterrogatorio; en los alegatos la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** solicitó sentencia condenatoria y la defensa pidió fallo absolutorio.

1.8. El 17 de febrero de 2022 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** instaló la continuación de la audiencia de juicio oral con el fin de dar lectura al sentido del fallo, a la audiencia a la cual asistió la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, la Víctima, y **SALIM CHAGÜI** en compañía de su abogado defensor de oficio **CESAR AUGUSTO VERGARA NIÑO**. En la Audiencia el Juez dio el sentido del fallo y dijo que era condenatorio, concedió el uso de la palabra para descorrer el traslado del artículo 447 del C.P.P. ante lo cual la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** solicitó el aplazamiento.

2. Actuaciones procesales pertinentes:

- 2.1.** El 19 de julio de 2022 el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** instaló la continuación de la audiencia de juicio oral con el fin de dar lectura al sentido del fallo, a la audiencia a la cual asistió la **FISCALÍA 519 DE LA UNIDAD DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, la Víctima, y la abogada suplente de **SALIM CHAGÜI, JENNY FERNANDA OVALLE ARIAS**, en la audiencia el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ** decidió (i) condenar a **SALIM CHAGÜI** a 72 meses de prisión como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada; (ii), condenar a **SALIM CHAGÜI** a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena; (iii) negar a **SALIM CHAGÜI** la suspensión condicional de la ejecución domiciliaria y la prisión domiciliaria y se ordenó librar orden de captura para que cumpliera la pena de forma intramural; (iv) informar a la Víctima que tiene 30 días para solicitar la apertura el incidente de reparación integral; (v) en firme remitir el proceso a los Juzgado de Ejecución de Penas y medidas de seguridad; (iv) notificar a las partes en estrado y contra la misma procede el recurso de apelación. Frente a la decisión la abogada **JENNY FERNANDA OVALLE ARIAS** interpuso recurso de apelación.
- 2.2.** El 27 de julio de 2022 el Defensor principal de **SALIM CHAGÜI, OSCAR EDUARDO GÓMEZ LÓPEZ**, interpuso recurso de apelación contra de la sentencia condenatoria de primer grado proferida por el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, del 19 de julio de 2022 y solicitó la nulidad de lo actuado desde la misma audiencia preparatoria de juicio oral por la supuesta ausencia de una defensa técnica.
- 2.3.** El 11 de octubre de 2022 el recurso de apelación fue asignado a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, sin notificarse a la Víctima **FATHIA ZAPATA**.
- 2.4.** El 15 de noviembre de 2022, aun sin haber notificado del proceso a la Víctima **FATHIA ZAPATA**, la **SALA PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **SALIM CHAGÜI** contra la

sentencia condenatoria proferida por el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, así:

"Primero. Decretar la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive.

Segundo. Someter la actuación al reparto de los jueces penales municipales de conocimiento de Bogotá, para que una autoridad judicial distinta rehaga el proceso.

Tercero. Compulsar copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, para que investigue las posibles faltas en las que pudo haber incurrido el defensor que intervino en este proceso.

Cuarto. Ordenar al Centro de Servicios Judiciales cancelar la orden de captura en contra de Salim Hamed Chagui Flórez junto con todas las anotaciones y registros que se hayan realizado en virtud de la sentencia de primera instancia, en caso de que aquel o el Juzgado 3° Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá la haya emitido.

Esta decisión queda notificada por estrados en esta audiencia y contra ella no procede recurso alguno."

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De la vía de hecho y de sus causales generales de procedencia.

A partir de la sentencia C-543 de 1992¹, la Corte Constitucional ha admitido reiteradamente la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, siempre que se acredite que las mismas se encuentran incursas en *vías de hecho*. De acuerdo con el máximo Tribunal de la Justicia Constitucional, dicha procedencia es excepcional, en primer lugar, debido a que el amparo constitucional tiene una naturaleza eminentemente subsidiaria, por virtud de la cual no está llamada a reemplazar los procedimientos ordinarios de defensa judicial y, en segundo término, porque no está concebida como un medio alternativo, adicional o complementario de éstos. Por lo que, indudablemente, el propósito de la acción de tutela se limita a la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial o, cuando existiendo, ésta se utilice como medio transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tratándose de la procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, la Corte Constitucional ha señalado que la admisibilidad de la misma se sujeta a

la comprobación de dos condiciones: "la violación de un derecho fundamental y la identificación plena de la existencia de alguno de los eventos que constituyen causales de procedibilidad en materia de acción de tutela contra providencias judiciales"¹. Así, hoy en día, se abandonó el requisito de la existencia de una "actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial" como supuesto de procedencia de la acción de amparo, para en su lugar acoger el criterio de "las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela". Esta evolución de la doctrina constitucional fue reseñada por la misma Corte Constitucional de la siguiente manera:

*"(E)n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una "violación flagrante y grosera de la Constitución", es más adecuado utilizar el concepto de "causales genéricas de procedibilidad de la acción" que el de "vía de hecho."*²

En la sentencia T-774 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

"(...) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no (...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se

¹ Sentencia SU116/18 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

² M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.’ En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.’” (Subrayado ajeno al texto original).³

Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte Constitucional a reemplazar “(...) el uso conceptual de la expresión *vía de hecho* por la de *causales genéricas de procedibilidad*”. Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos:

“(...) todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad”⁴.

En lo que se refiere a las citadas causales genéricas de procedencia de la acción de tutela, esta se sujeta a la violación de un derecho fundamental que, ligado al acceso efectivo a la administración de justicia, puede materializarse bajo una de las siguientes hipótesis:

“a) En aquellos eventos en los cuales la providencia enjuiciada incurre en defecto orgánico, sustantivo, fáctico o procedimental, ante el desconocimiento de las normas aplicables a un asunto específico.

*De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁵, (i) **el defecto sustantivo** opera cuando la decisión cuestionada se funda en una norma evidentemente inaplicable para el caso, ya sea porque perdió vigencia, porque resulta inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que dieron origen a una controversia; (ii) **el defecto fáctico** tiene lugar cuando el juez carece del apoyo probatorio*

³ Sentencia T-056 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁴ Sentencia T-453 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, SU-1185 de 2001 y T-382 de 2003, entre otras.

necesario para aplicar el supuesto normativo en el que fundamenta su decisión ó, aunque teniéndolo, le resta valor o le da un alcance no previsto en la ley; (iii) **el defecto orgánico** se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un caso; y finalmente, (iv) **el defecto procedimental** se presenta cuando el juez actúa por fuera del marco señalado en el ordenamiento para tramitar un determinado asunto.

A partir de los anteriores conceptos, **la Corte ha elaborado la teoría de la vía de hecho judicial, parámetro utilizado de manera relativamente sistemática para fijar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.** No obstante, como fue explicado en reciente providencia, "de la evolución jurisprudencial en la materia a estas hipótesis vendrían a sumarse otras que han venido a incorporar el nuevo listado de causales de procedibilidad en comentario"⁶.

b) Cuando la providencia tiene graves problemas ante una insuficiente sustentación o justificación de la decisión, o por desconocimiento del precedente judicial, en particular de la Corte Constitucional⁷.

c) También son controvertibles mediante tutela las decisiones donde la vulneración de los derechos obedece a un error en el que fue inducida la autoridad judicial, que esta Corporación ha denominado **vía de hecho por consecuencia**.⁷

d) Si la decisión del juez se adoptó haciendo **una interpretación normativa que resulta incompatible con la Carta**, o cuando la autoridad judicial no aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser manifiesta la incompatibilidad con aquella y haber sido solicitada expresamente⁸.

⁶ Sentencia T-441 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁷ Sentencias SU-640 de 1998, SU-160 de 1999, T-114 de 2002, T-462 de 2003. ⁷ Sentencias SU-014 de 2001, T-407 de 2001, T-1180 de 2001.

⁸ Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-522 de 2001.

En todo caso, la Sala recuerda que la configuración de cualquiera de los yerros anteriormente descritos no es en sí misma motivo suficiente para concluir la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, porque para ello se requiere la vulneración de algún derecho de naturaleza fundamental". (Negritas fuera del texto)⁹

Conforme a lo anterior, según la jurisprudencia constitucional son causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, a partir del desconocimiento de un derecho fundamental, las siguientes: (i) el defecto orgánico; (ii) **el defecto sustantivo**; (iii) el defecto procedimental; (iv) el defecto fáctico¹⁰; (v) el error inducido; (vi) la decisión inmotivada; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución.

Ahora bien, para que proceda la acción de tutela contra decisiones judiciales, de acuerdo con lo previsto por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005¹¹, además de demostrar la existencia de una causal genérica de procedencia, es necesario acreditar los siguientes requisitos adicionales:

- (i) Que los medios, ordinarios o extraordinarios, de defensa judicial al alcance de la persona afectada se hayan agotado, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.
- (ii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la acción se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- (iii) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar en claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
- (iv) Que se identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados.
- (v) Que se acredite que los citados hechos fueron alegados en el proceso judicial en que se produjo la violación, siempre que ello hubiese sido medianamente posible.

⁹ Sentencia T-336 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ El juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Sentencia T-398 del 23 de junio 2007, H. Corte Constitucional. M.P. Cristina Pardo S. ¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por último, las sentencias T-398/2017¹¹ y T-137/2017¹², reiteran no solamente la procedencia excepcional sino las reglas generales de procedibilidad, reiterando la jurisprudencia anotada.

Siguiendo esta hermenéutica, se procederá a demostrar cómo la decisión del TRIBUNAL aquí demandada se encuentra incurso en el defecto sustantivo, pues su decisión no es fundamentada de acuerdo con las exigencias legales.

2. De la aplicación constitucional al caso objeto de revisión.

Tal y como se precisó anteriormente, la presente acción de tutela invocada contra la decisión emitida por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** que declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria de juicio oral en el trámite del radicado de la referencia que se lleva en contra del **SALIM HAMED CHAGÜI FLÓREZ** por el delio de violencia intrafamiliar agravada, pues consideró esta corporación que el procesado careció de una defensa técnica al interior del proceso, más precisamente desde la audiencia preparatoria, lo que generó una vulneración a su derecho de defensa.

Lo anterior tal y como se expondrá a continuación incurre en un flagrante defecto sustantivo, pues tal y como lo ha descrito la pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación,¹³ además descuidar el análisis que necesita una declaratoria de nulidad de lo actuado y más aún en un proceso penal. Por lo anterior, se hará un análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, seguido por un análisis detallado de la jurisprudencia Constitucional en este tipo de casos en paralelo con los defectos en que incurrió el “*ad-quem*” en la decisión de declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria.

2.1. Principio de la subsidiariedad. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada.

¹¹ Corte Constitucional, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schilesinger.

¹² Corte Constitucional, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Véase Sentencia SU – 195 de 2012

Frente al requisito de procedibilidad para la acción de amparo de subsidiariedad, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha decantado en repetidas ocasiones que dicho presupuesto obedece al inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia¹⁴, el cual hace referencia a que será procedente la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o, cuando teniéndolo, se usara el mecanismo de amparo Constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido la sentencia T-036 de 2017 ha precisado que:

“Conforme con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

En el presente caso, es procedente la acción de tutela, pues frente a la decisión del Tribunal hoy deprecada, si bien es cierto el ordenamiento jurídico en materia de procedimiento penal, trae la figura del recurso extraordinario de casación, este no es procedente en el caso concreto, pues la decisión del órgano colegiado, como se pudo constatar en los hechos de la presente, carece de una decisión de fondo acerca de la situación jurídica del procesado y no contiene un análisis de los hechos que fundamentan la denuncia y la decisión del Juzgado Tercero Municipal con funciones de conocimiento, sino un escaso “análisis” de la causal de nulidad deprecada por la defensa, que desemboca en la declaratoria de nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria.

Al respecto de la procedencia del recurso extraordinario de casación, el Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 181 que:

“ARTÍCULO 181. PROCEDENCIA: *El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:*

¹⁴ Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

1. *Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.*
2. *Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.*
3. *El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.*
4. *Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.”*

Como se puede observar, las causales del recurso extraordinario de casación en materia penal se encaminan salvaguardar los derechos constitucionales en aspectos sustanciales del proceso, más no se encuentra constituida la figura de la casación para efectos de analizar la vulneración de garantías fundamentales en aspectos procesales que realice el Juez de segunda instancia como lo es una declaratoria de nulidad de un proceso por un aspecto técnico como lo es la vulneración al derecho fundamental de defensa en su esfera de la “falta de defensa técnica”.

Además, la misma providencia deprecada en su parte final cita:

Esta decisión queda notificada por estrados en esta audiencia y contra ella ~~no procede recurso alguno.~~

Cúmplase.

Lo cual deja en claro que la aquí concurrida sentencia de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, no permite recurso alguno, ni siquiera el recurso extraordinario de casación, razón por la cual la víctima recurre a la acción de tutela como único mecanismo restante para la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

2.2. Principio de Inmediatez

En segundo término, la acción se interpone en un término razonable y proporcionado con respecto al momento en que se produjo la decisión del TRIBUNAL esto es 15 de noviembre de 2022, por lo que se acredita el cumplimiento del requisito y el principio exigido, en razón a que desde la fecha de la decisión del Tribunal ha transcurrido un tiempo muy corto. Al respecto de este presupuesto de procedibilidad, la Honorable Corte Constitucional ha mencionado que:

*"La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental."*¹⁵
(Subrayado fuera de texto original)

En el mismo sentido de la Corte Constitucional, al no tratarse la inmediatez de un término de caducidad de la acción constitucional, ni de un criterio temporal objetivo, es procedente la presente acción de amparo en el término presentado en razón a lo reciente de las decisiones del TRIBUNAL y de cara a los criterios temporales expresados por la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹⁶ de seis (6) meses para la presentación de acciones de Tutela contra providencia judicial.

2.3. Efecto decisivo y determinante de la irregularidad

Como a continuación se demostrará, las faltas cometidas con la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C** del 15 de noviembre de 2022 incurren en una grave violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a un acceso efectivo a la administración de justicia, pues una decisión de un carácter procesal tal elevado y complejo como es la declaratoria de nulidad de un proceso, merecen un análisis mucho más amplio por parte del órgano colegiado que pretenda decretarlo.

Además, dicha disposición es violatoria de las garantías que cobijan a las víctimas en el proceso penal a un juicio justo y con el lleno de los requisitos legales, en

¹⁵ Sentencia T-246 de 2015. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

¹⁶ Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 11001031500020150148001, 8 de junio de 2016.

donde si bien es cierto al procesado le asisten los mismos derechos, es obligación de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, realizar un análisis mucho más de fondo en donde exponga en debida forma la argumentación de su decisión de cara a los requisitos que la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional ha citado respecto de cuando se está realmente frente a una falta de defensa técnica, a fin de detenerse en cada uno de ellos y otorgar un análisis que desemboque en la declaratoria de nulidad.

Por último, la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, no solamente tiene una repercusión negativa para los derechos de la víctima al interior de este proceso, sino que también sienta un precedente peligroso, pues como bien sabe la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Juez a quien por reparto corresponda este trámite, la defensoría pública presta sus servicios a la gran mayoría de ciudadanos y vigila que estos cumplan con los requisitos legales para acceder a ella, por lo que, declarar la nulidad de lo actuado en un proceso en donde fue la defensoría pública quien cubrió la defensa del procesado sin un verdadero análisis de fondo de las causales y requisitos de ausencia de una defensa técnica, dejaría abierta la puerta para que más ciudadanos solicitaran la nulidad de sus procesos, pues el escaso análisis que realiza la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en donde solo toma para su decisión la falta de postulación probatoria en audiencia preparatoria y la falta de técnica (a su criterio) en la práctica de los interrogatorios en juicio oral, permitiría la declaratoria de nulidad de lo actuado en todo proceso en donde el abogado defensor no haya solicitado pruebas ni haya realizado preguntas en la práctica de interrogatorios.

3. Identificación de los derechos vulnerados y que se alegaron en el trámite de la apelación:

En cuanto a las garantías fundamentales comprometidas, es patente que la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, con fecha del 15 de noviembre de 2022, por medio de la cual declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por total descuido del derecho sustancial aplicable, al no tener en cuenta los requisitos de un verdadero juicio de nulidad de lo actuado y al dejar desprotegidos los derechos fundamentales de las víctimas en el proceso penal.

Dichos principios rectores que orientan la declaratoria de la nulidad fueron abordados en su momento por la Ley 600 del 2000 cuya vigencia solo en este aspecto continúa activa, pues en la Ley 906 de 2004 no existe norma expresa que determine las causales, principios y efectos de la nulidad, por lo que la Corte Suprema de justicia ha señalado de forma pacífica que tal omisión de la Ley 906 de 2004 se suple con los lineamientos trasados por la Ley 600 del 2000.

"Aun cuando en la Ley 906 de 2004, no existe norma expresa que determine las causales, principios y efectos de la nulidad, la Corte de manera pacífica y reiterada ha señalado que tal omisión se cubre con los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000, los cuales continúan vigentes en este aspecto particular porque, además, pertenecen a la teoría general del proceso penal."¹⁷

En razón de lo anterior, en obediencia a la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el órgano colegiado que pretenda la declaratoria de la nulidad de lo actuado en un proceso deberá cumplir con los lineamientos de la Ley 600 del 2000 que en su artículo 310 dispone:

"ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION.

- 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.*
- 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.*
- 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.*
- 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.*
- 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.*

¹⁷ C.S.J., Sala de Casación Penal Radicado No. 59687 – AP925-2022

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo"

Si bien es cierto la Ley 906 de 2004 dispone la posibilidad de la declaratoria de la nulidad por violación de garantías fundamentales, es en atención a los principios traídos por la Ley 600 del 2000 que procede su decreto, estudio que la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, olvidó por completo en su análisis.

Debido proceso entendido como un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas; y

Acceso a la administración justicia del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversia.

4. Argumentos de la Accionante y víctima en el proceso penal y efectos de la sentencia

4.1. Argumentos del Accionante

Con el propósito de vislumbrar las faltas del asunto *sub judice* que hace imperante la presentación de esta acción de tutela, se exponen las consideraciones expuestas

por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, consideraciones que dejan en evidencia la importancia del control de constitucionalidad que se solicita ante una decisión que se aleja de las máximas constitucionales.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Decretar la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia preparatoria, inclusive.

Segundo. Someter la actuación al reparto de los jueces penales municipales de conocimiento de Bogotá, para que una autoridad judicial distinta rehaga el proceso.

Tercero. Compulsar copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, para que investigue las posibles faltas en las que pudo haber incurrido el defensor que intervino en este proceso.

Cuarto. Ordenar al Centro de Servicios Judiciales cancelar la orden de captura en contra de Salim Hamed Chagui Flórez junto con todas las anotaciones y registros que se hayan realizado en virtud de la sentencia de primera instancia, en caso de que aquel o el Juzgado 3° Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá la haya emitido.

Esta decisión queda notificada por estrados en esta audiencia y contra ella no procede recurso alguno.

En el presente caso, conforme con lo literalmente descrito en la sentencia, argumentó la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** que el hecho de que la defensa del indiciado no hubiese presentado el material probatorio del que supuestamente tenía conocimiento en audiencia preparatoria y el no haber manejado la debida técnica jurídica en la fase de práctica de pruebas, es causal para decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, apoyándose para ello en una argumentación vacía y sin la debida fundamentación jurídica de cara al grueso debate que merece una declaratoria de nulidad, pues no sobra decir que con dicha medida de tan extensas magnitudes, la proporcionalidad en el juicio de ponderación teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, debe de ser con

“lupa” como coloquialmente se le dice a la obligación de revisar y argumentar suficientemente su decisión.

4.2. Defectos de la sentencia - Vía de hecho por defecto sustantivo

Como lo ha referido la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 332 del 2019, el defecto sustantivo se erige no solamente cuando el operador judicial escoge para su fallo una disposición normativa no aplicable al caso concreto, sino también cuando a pesar de haber escogido la disposición “acertada” el juicio de ponderación y análisis que realiza no es suficiente para su decisión,

"El contenido de la causal específica de procedibilidad por defecto sustancial ha sido explicado por esta Corporación en la sentencia SU-195 de 2012. Así las cosas, en sentido amplio, se está en presencia del mismo cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica. En estricto sentido, configuran este defecto los siguientes supuestos:

- 1. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente o porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador.*
- 2. No se hace una interpretación razonable de la norma.*
- 3. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes.*
- 4. La disposición aplicada es regresiva o contraria a la Constitución.*
- 5. El ordenamiento otorga un poder al juez y éste lo utiliza para fines no previstos en la disposición.*
- 6. La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma.*

7. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional, cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

En este caso nos encontramos en un riesgo eminente de que se me vulnere el derecho al debido proceso y a un acceso eficaz a la administración de justicia, pues en el proceso que se lleva en el radicado de la referencia bajo el cual la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, en dicho decreto la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** no agotó el debido análisis que requiere una declaratoria de nulidad de la que hablan los artículos 455 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ni agotó el análisis de los principios de la nulidad de la Ley 600 del 2000 aún vigentes para esos aspectos, pues el órgano colegiado se limitó a exponer que en razón a que el abogado, QUE ES DEFENSOR PÚBLICO, no presentó pruebas en la audiencia preparatoria y no manejó, a criterio de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** , una debida técnica en la práctica de los interrogatorios, el indiciado careció de una defensa técnica, lo que una vez más a criterio equivocado de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, desembocó en una vulneración al derecho de defensa en los términos de la citada legislación procesal penal.

Pues bien, habrá entonces que preguntarle a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** en donde se encuentra el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales de las víctimas a un acceso eficaz a la administración de justicia y los derechos del procesado a una defensa técnica que garantice el derecho de defensa, pues según lo visto en la providencia hoy impugnada mediante esta acción de tutela, no existe en ella soporte jurisprudencial o legal alguno que avale su tesis centrada en que, si un abogado no solicita práctica de pruebas ni hace suficientes preguntas en un contrainterrogatorio, este defensor no ejerció una defensa técnica y por ende se deba declarar la nulidad de lo actuado por el letrado.

Para fundamento de lo anterior, veamos las consideraciones del fallo de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, hoy deprecado, que dan muestra de la verdadera falta de análisis que hubo en su providencia.

8. Entonces, el defensor:

- No ofreció los documentos que le refirió el acusado y que podían ser determinantes para una cabal comprensión de los hechos.

- A pesar de que podía concurrir fundamento para hacerlo, no planteó teoría del caso alguna.
- Evidenció el desconocimiento de la técnica de interrogatorio y conainterrogatorio en el sistema penal acusatorio.
- Evidenció también el desconocimiento del procedimiento probatorio: le indicó al acusado que los elementos materiales probatorios y/o evidencia física se introducían con su declaración sin descubrirlos, enunciarlos y solicitarlos como pruebas.

El punto de llegada de este cúmulo de deficiencias no puede ser más claro: Salim Hamed no tuvo la posibilidad de defenderse de la acusación. Formalmente tuvo un defensor público, pero el desempeño de este profesional fue tan deficiente, que lo privó del ejercicio de la facultad que le asiste de oponerse, en condiciones de igualdad con la acusación, al ejercicio del poder punitivo del Estado. Es decir, en últimas, Salim Hamed no acudió al juicio para que lo juzgaran, sino para que lo condenaran.

En efecto: un profesional que no aporta medios de conocimiento que pueden ser determinantes para mantener vigente la presunción de inocencia o para aminorar las consecuencias de una eventual declaratoria de responsabilidad penal, que desconoce el procedimiento probatorio y la técnica de interrogatorio y conainterrogatorio en el sistema penal acusatorio, que deja al acusado librado a su propia suerte durante su testimonio; un abogado que actúa de esta forma, afirma la sala, es la negación del derecho a la defensa técnica como contenido esencial del derecho fundamental a la defensa.

En efecto, una vez la Honorable Corte Suprema de Justicia analice el fallo del recurso de apelación recurrido con el presente mecanismo constitucional, se dará cuenta de que las disposiciones de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, son escasas de cara a la gravedad de sanción que impuso en el proceso, pues la nulidad como bien lo sabe esta corporación, es la sanción más grave a imponer, por lo que la ponderación y debido análisis de los requisitos de la misma, sus principios rectores, y la debida fundamentación jurisprudencial que avalen la tesis del Juez o Magistrado que pretendan decretarla debe de ser suficiente, a fin de no caer, tal y como lo hizo la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en un defecto sustantivo que merezca como la presente, de la acción de tutela para salvaguardar los derechos conculcados.

Tal y como lo verá esta honorable corporación con el estudio de la presente acción de tutela y la providencia de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, este no agotó el análisis debido para el decreto de la nulidad ni fundamentó en debida forma con soportes legales o jurisprudenciales su decisión, vulnerando con ello la eficacia con que debe contar el acceso a la administración de justicia, más aún en tratándose de una víctima al interior del proceso penal y más aún en delitos tan delicados como lo es la violencia intrafamiliar que protege bienes jurídicos tan relevantes constitucionalmente como lo es la armonía familiar como pilar fundamental de la sociedad.

Además de lo anterior, existe un elemento relevante en este caso y es el de la defensoría pública; como se pudo examinar en el curso del proceso sobre el que la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** decretó la nulidad, el procesado contó con el servicio de defensoría pública bajo las causales establecidas para ello por la Ley 941 de 2005 "*Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública*" la cual cuanta con unos supuestos para su implementación que como su artículo segundo lo indica "*prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos*"

Pues bien, el procesado optó por esta garantía en supuesto cumplimiento con estos presupuestos normativos, sin embargo, da la casualidad que para la fase final de la audiencia de juicio oral, presentó a un defensor de confianza que fue quien elevó la petición de nulidad de lo actuado, hecho que aparte de evidenciar la mala fe del

procesado al interior de la actuación, evidencian una grave falencia en el organismo de defensoría pública, pues no es posible que la víctima al interior de un proceso penal, sea quien asuma las consecuencias de la ineptitud de un defensor público, pues estos por su calidad responden a los principios de la Ley 941 de 2005 que los hacen responsables del servicio que prestan a través de la defensoría pública.

“ARTÍCULO 8º. Responsabilidad. *Los abogados que presten el servicio de asistencia y representación judicial en el Sistema Nacional de Defensoría Pública estarán sujetos, según el caso, para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, a las responsabilidades y sanciones que les impone su condición de servidores públicos o de particulares que cumplen funciones públicas y de sus faltas en el ejercicio de la profesión de abogado conocerán las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura en sus respectivas instancias.”*

En suma, se debe resaltar que la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, olvidó por completo el marco jurisprudencial de los derechos de las víctimas en el proceso penal y el juicio de ponderación¹⁸ que debe permear cualquier debate y decisión que afecte derechos fundamentales de las víctimas tan básicos y relevantes como lo son el derecho a la justicia y a un acceso eficaz a la misma.

Además, la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, no abordó en su análisis los elementos configuradores de una falta de defensa técnica en el proceso penal, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica desde antaño en la determinación de los elementos

¹⁸ Véase para definir el concepto de proporcionalidad la sentencia C - 022 de 1996 - *El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.*

(...)

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

que configuran la falta de defensa técnica, veamos para ello la sentencia T – 106 de 2005:

"Desde esta perspectiva la Corte ha considerado que se sólo entiende violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes cuatro elementos:

i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia.

iii) Que la falta de defensa material o técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial; de manera tal, que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los cinco defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental o por consecuencia.

iv) Que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado."

En consecuencia, si a criterio del Tribunal en el proceso del radicado de la referencia hubo una vulneración del derecho de defensa en razón a la falta de defensa técnica que desencadena la declaratoria de nulidad de lo actuado, lo mínimo que se espera de dicho órgano colegiado, de cara a las garantías de las víctimas en el proceso penal, es que realice un verdadero análisis de fondo acerca de los cuatro (4) elementos que según la pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional deben necesariamente que concurrir para que se decrete una falta de defensa técnica y se pueda siquiera hablar de argumentar una nulidad de lo actuado.

Lo anterior una vez más pone en evidencia el claro defecto sustantivo por falta de argumentación suficiente que se expone con la presente acción constitucional, pues como lo podrá ver la Honorable Corte Suprema de Justicia en su despacho que por reparto corresponda y las consideraciones anteriormente señaladas del fallo del recurso de apelación hoy recurrido, el análisis del Tribunal se basó en consideraciones propias sin ningún análisis de fondo ni sustento jurisprudencial alguno.

5. Los derechos vulnerados

5.1. Debido proceso.

La Corte Constitucional ha descrito la garantía fundamental al debido proceso como un conjunto de elementos que deben de obrar en cualquier actuación jurisdiccional y la falta de alguno de ellos conlleva a declararse viciado el proceso.

"La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."¹⁹ (Subrayado propio)

¹⁹ Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

La vulneración a la garantía fundamental al debido proceso será abordada desde la obligación que tiene el aparato jurisdiccional del estado de proceder de acuerdo con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En no pocas ocasiones la Honorable Corte Constitucional ha decantado el alcance del debido proceso al mencionar que:

*"[...] el legislador al diseñar los procedimientos judiciales no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por el hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso".*²⁰

En el presente caso existe una clara desviación a las obligaciones de actuación proporcional y razonable que en virtud del derecho fundamental al debido proceso, deben necesariamente de permear la actuación de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, contrario sensu, debido a su falta de análisis de ponderación en su actuación de declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, en descuido de las exigencias que ha sentado la jurisprudencia al respecto, terminó por violentar las garantías fundamentales de la víctima a recibir una providencia debidamente motivada.

"La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación

²⁰ Sentencia C - 341 de 4 de junio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

*adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) **exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.**" ²¹*

(Subrayado y negrilla propio)

Es por lo anterior que considero que la grave falencia en que incurrió la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, con su providencia, faltó a un verdadero juicio de ponderación y fundamento para decretar la nulidad de lo actuado al interior del proceso del radicado de la referencia.

5.2. Acceso a la administración de justicia

La Corte Constitucional en la sentencia T-799 de 2011 se refirió sobre el contenido y alcance del Derecho Fundamental a la administración de justicia así:

*"El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se encuentra consagrado en el artículo 229 de la norma superior en los siguientes términos: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, **en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y***

²¹ Sentencia T - 214 de 2012, M.P., LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso". Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos." (Negrilla propia)

Igualmente, en la sentencia C-0269 de 2009 la Corte Constitucional reconoció el silencio de la defensa técnica en el proceso penal-estrategia legítima, así:

"Si bien cada abogado es autónomo en el diseño de la defensa de su cliente, de acuerdo con las circunstancias que presente el caso sometido a su tutela, puede apelar a diversas estrategias metodológicas entre las que se destacan: (i) la defensa directa, donde el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargo; (ii) la defensa indirecta, donde el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio; (iii) la defensa por excepciones, donde el reproche está centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso. El silencio también puede ser interpretado como una estrategia legítima de defensa en procura de los intereses del sindicado, cuando responde a una táctica previamente ponderada y cuidadosamente examinada por el defensor, máxime si se tiene en cuenta que en virtud del principio de presunción de inocencia, es el Estado quien debe probar no sólo la ocurrencia de un hecho punible sino la responsabilidad del acusado." (Subrayado propio)

Se puede extraer del alcance interpretativo del derecho a la administración de justicia, en el cual se incluye el derecho que tiene en este caso la Víctima a que se

amparen dentro del proceso los derechos que tiene en dicha calidad como lo son verdad, justicia, reparación y no revictimización, que no es dable manifestar, sin un verdadero análisis de fondo, que el acusado no tuvo una defensa técnica, y desconocer que la defensa puede adoptar libremente diferentes estrategias y actitudes dentro del proceso.

"(...) ha decantado una sólida línea jurisprudencial frente a los contenidos materiales del ejercicio defensivo, al reconocer que el defensor goza de un amplio margen de discrecionalidad en la definición de su estrategia defensiva, puesto que no todos tienen la misma formación ni existen «fórmulas uniformes» que obliguen a enfrentar cada caso de una determinada manera (CSJ SP, 22 abr. de 2009, rad. 26975, SP154-2017, rad.48128, SP3949-2019, rad. 55929 y AP1887-2020, entre otras). 8 CSJ, SCP, SP568-2022, rad. 60.207, 2 de marzo de 2022.

*Es práctica frecuente, generalmente desacertada, que cuando el procesado cambia de abogado, quien asume el encargo se dedica a cuestionar la actividad defensiva realizada por su antecesor, por equivocado, descuidado o inepto, entre otros múltiples motivos, con la pretensión de lograr la invalidación del proceso. **Esto ha llevado a la Sala a sostener, de manera invariable, que la simple discrepancia de criterios en torno a la ruta defensiva que debió seguirse en un determinado contexto, en modo alguno constituye motivo de nulidad** (Crf. AP1614-2019, rad. 50261 y AP2537- 2021)".*

La anterior jurisprudencia no solo avala la tesis que maneja la víctima en esta actuación, sino que también expone el grave yerro en que incurrió la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, pues en el caso objeto de la citada providencia, acaeció el mismo supuesto procesal en donde un defensor, al tomar el proceso de su cliente en etapas avanzadas, propone la nulidad del proceso por la actuación ejercida por su predecesor defensor, lo que al respecto menciona el fallador que ello en ningún caso se constituye como motivo de nulidad.

Es por la relevancia constitucional del acceso a la justicia que esta parte es tan insistente en destacar que los derechos de la Víctima y el acceso a la administración de justicia se ven desproporcionalmente cercenados con la decisión de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** de retrotraer el proceso penal hasta la audiencia preparatoria de

juicio oral, especialmente si se tiene en cuenta que durante todo el proceso penal los Jueces y la Fiscalía fueron enfáticos en darle a conocer al procesado **SALIM CHAGÜI** sus derechos, y quien con la capacidad económica para contratar un defensor de confianza, decidió ser representado por defensores públicos. Es decir, el costo de tales determinaciones no puede ser asumido por la Víctima, quien rindió su testimonio y no tiene por qué ser revictimizada.

En razón a los hechos y actuaciones procesales adelantadas por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en total desconocimiento de los principios fundamentales de la Víctima **FATHIA ZAPATA**, esta parte expone hace un llamado para que sea el Juez Constitucional el que evite un daño irremediable al Accionante.

IV. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 86²² de la Constitución Política en concordancia 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 2021²³, *“Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada”*.

V. PRUEBAS

Solicito tener como pruebas las siguientes, en su correspondiente orden:

DOCUMENTALES Y GRABACIONES

1. Copia sentencia de la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ del 15 de noviembre de 2022
2. Copia de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal.

²² Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión

²³ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

3. Recurso de Apelación presentado por la defensa de Salim Chagui.
4. Grabación Audiencia de Formulación de Imputación.
5. Dos (2) grabaciones de la Audiencia de Acusación.
6. Grabación de la Audiencia Preparatoria de Juicio Oral.
7. Cinco (5) grabaciones de la Audiencia de Juicio Oral.
8. Grabación de la Audiencia de Lectura del Fallo
9. Grabación de la Audiencia en la que se resolvió el recurso de apelación.

VI. ANEXOS


Los identificados en el acápite de pruebas.

VII. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la presente acción de tutela, manifiesto que el suscrito no ha interpuesto previamente acción de tutela por los mismos hechos o contra la misma entidad ante otra autoridad.

VIII. NOTIFICACIONES

La suscrita recibirá notificaciones en la Calle 151 # 11-32. Edificio Lombardía. Torre 1. Apto 901 en Bogotá, D.C.; Celular 313 475 4482; y correo electrónico fathia_zapata2@hotmail.com.

Atentamente,  **DocuSigned by:**
D3E28FDF501E43A...

FATHIA JALILE ZAPATA LAMIR

C.C. No. 1.010.220.403 de Bogotá

fathia_zapata2@hotmail.com.