



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP4416-2018

Radicación n.º 97528

(Acta 102)

Bogotá, D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala, en primera instancia, la acción de tutela instaurada por SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ocaña (Norte de Santander), en actuación que involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de *peculado por apropiación*.

Rodrigo
1



A la actuación fue vinculado el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta, la Fiscalía Segunda Seccional de Ocaña, así como las partes e intervinientes dentro del proceso penal censurado en la demanda.

ANTECEDENTES

Y

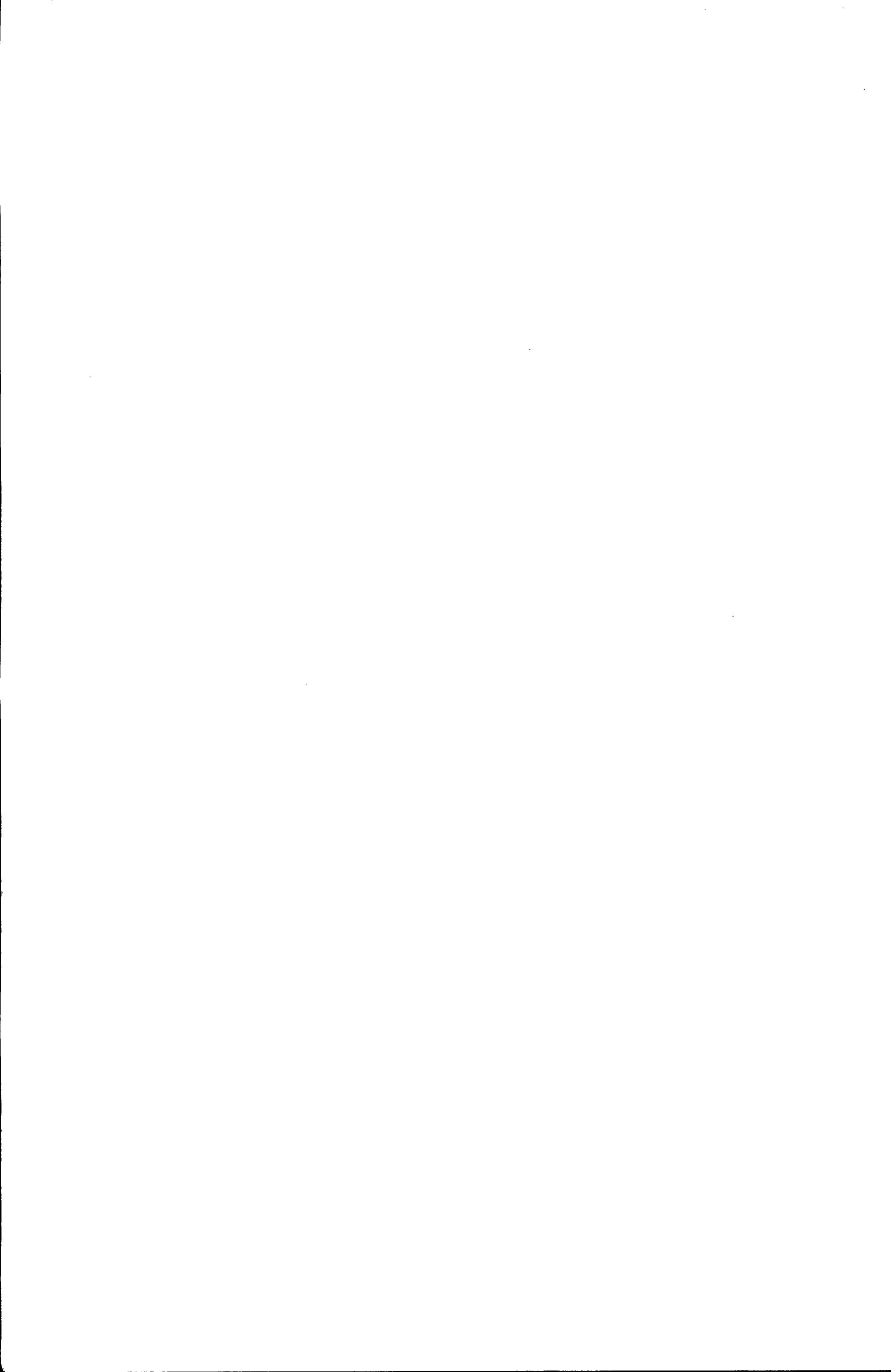
FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la actuación se desprende que el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Ocaña profirió sentencia condenatoria contra SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO, el 29 de noviembre de 2016, por el delito de *peculado por apropiación*, imponiéndole la pena de 124 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Igualmente, fue condenado el otro procesado Pedro Nel Pérez Pérez, a quien le impuso la pena de 245 meses de prisión. El juzgado de conocimiento les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa del procesado Pérez Pérez interpuso recurso de apelación, resuelto el 9 de mayo de 2017 por la

R. J. J. J.



Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, confirmando en su integridad el fallo de instancia.

En tales condiciones, el sentenciado SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO promueve la acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Ocaña, argumentando vulneración a sus derechos fundamentales, pues, en su criterio, la pena se encuentra erradamente tasada, por haberla fijado en el primer cuarto medio, aplicando circunstancias de mayor punibilidad que no fueron expuestas en la resolución de acusación.

Por ende, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y ordenar a las autoridades accionadas redosificar la pena.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Inicialmente la acción de tutela fue repartida a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, la cual mediante auto de 26 de febrero de 2018 ordenó remitirla por competencia a esta Corporación, tras aducir que el Tribunal se encuentra comprometido en la causa por pasiva.

Avocado el conocimiento del asunto, se ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionadas y a los involucrados, para que ejercieran el derecho de contradicción que les asiste.

Rafael
3



En respuesta, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ocaña se opuso a la prosperidad de la demanda por desconocimiento del carácter subsidiario de la acción, cuando no se agotaron los mecanismos legales para reprobar los supuestos yerros que hoy pregona, sin que los mismos se estructuren en la sentencia condenatoria que goza de ejecutoria.

Por su parte, un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta indicó que no se han desconocido los derechos fundamentales alegados, menos cuando el accionante no recurrió en alzada la condena, a diferencia de su compañero de causa Pedro Leonel Pérez Pérez, es decir, que el actor desconoció los mecanismos que tenía a su alcance para refutar la dosificación punitiva y no lo hizo. Aportó copia de la sentencia de segundo grado.

Finalmente, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta solicitó su desvinculación de la causa al no estar en su competencias superar la ejecutoria de las providencias judiciales, menos cuando la redosificación solicitada no es por favorabilidad normativa, por lo que le está vetado revisar el caso.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor de lo normado en el artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 2° del Decreto 1069 de 2015, es competente este juez

Rafael
4.



colegiado de tutela para conocer de la acción por cuanto involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

2. Dispone el artículo 86 de la Constitución Política, y así lo reitera el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades o de los particulares. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa o su falta de idoneidad o, excepcionalmente, para evitar un perjuicio irremediable.

3. En el presente asunto, la censura se eleva en cuanto a la pena de 124 meses de prisión que se le impuso al actor por el delito de *peculado por apropiación* frente a la cual el accionante pretende su redosificación, pues, en su criterio, fue erróneamente tasada por el fallador.

4. Ahora, la doctrina constitucional ha sido clara y enfática al indicar que, cuando se atacan providencias judiciales, la acción de tutela sólo resulta procedente de manera excepcional. Pues, como regla general, la inconformidad de las partes con lo resuelto por los jueces ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, acudiendo para ello a los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios instituidos en el ordenamiento jurídico.

5. En ese orden de ideas, fácil se advierte que si el accionante estaba interesado en reprochar el quebranto del


5



derecho fundamental cuya protección invoca, tuvo la posibilidad de recurrir, a través de su representante judicial, el fallo de primera instancia a través del recurso de alzada y, eventualmente, en sede del extraordinario recurso de casación por ser el ámbito propicio y natural para ello; no obstante, dejó fenecer dicho mecanismo. En consecuencia, la solicitud de amparo se torna improcedente, al tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Y es que no se puede desconocer el carácter subsidiario que rige el amparo constitucional, porque ello devendría en la intromisión del juez de tutela en los asuntos que son del exclusivo resorte del juez ordinario, los cuales por su naturaleza está determinado a conocer.

La omisión puesta de presente permitió que el fallo condenatorio cobrara firmeza, situación que no puede subsanarse a través de la vía constitucional, en consideración a su naturaleza, esencialmente, subsidiaria y residual, razón por la cual es inadecuado intentar revivir la oportunidad procesal que feneció en silencio, con la pretensión de sustituir el mecanismo defensivo dispuesto por el legislador al interior de la actuación judicial adelantada y culminada en su contra.

Esta Corporación ha reiterado que cuando se omite la utilización oportuna y adecuada de los medios de defensa previstos por el legislador, la acción de tutela no procede ni siquiera como mecanismo transitorio, pues para acceder al amparo bajo esa modalidad se hace imprescindible la vigencia

Handwritten signature



actual del instrumento judicial que en su momento permitía definir la controversia jurídica en forma permanente, tal como ha establecido la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia SU-111 de 1997:

Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.

De manera tal que como el accionante desechó la oportunidad de interponer los recursos procedentes como lo era el de apelación, y eventualmente, el extraordinario de casación previsto a su favor a efectos de debatir la pena atribuida no puede pretender ahora suplirlo por vía del amparo constitucional, que no fue instituido con tal finalidad, o lo que es igual, no procede la solicitud de protección constitucional para subsanar el descuido propio.

6. Súmese a lo dicho que, no se observa que la pena de prisión impuesta devenga en arbitraria o caprichosa sino, por el contrario, enmarcada, como bien aduce el tribunal, en los parámetros de legalidad previstos en el ordenamiento jurídico penal y acordes con la autonomía y discrecionalidad reglada que para esos efectos ostentan los funcionarios judiciales.

Rafael



Ello se extrae de la lectura del respectivo acápite de dosificación que expuso el juzgado de conocimiento en la condena al indicar:

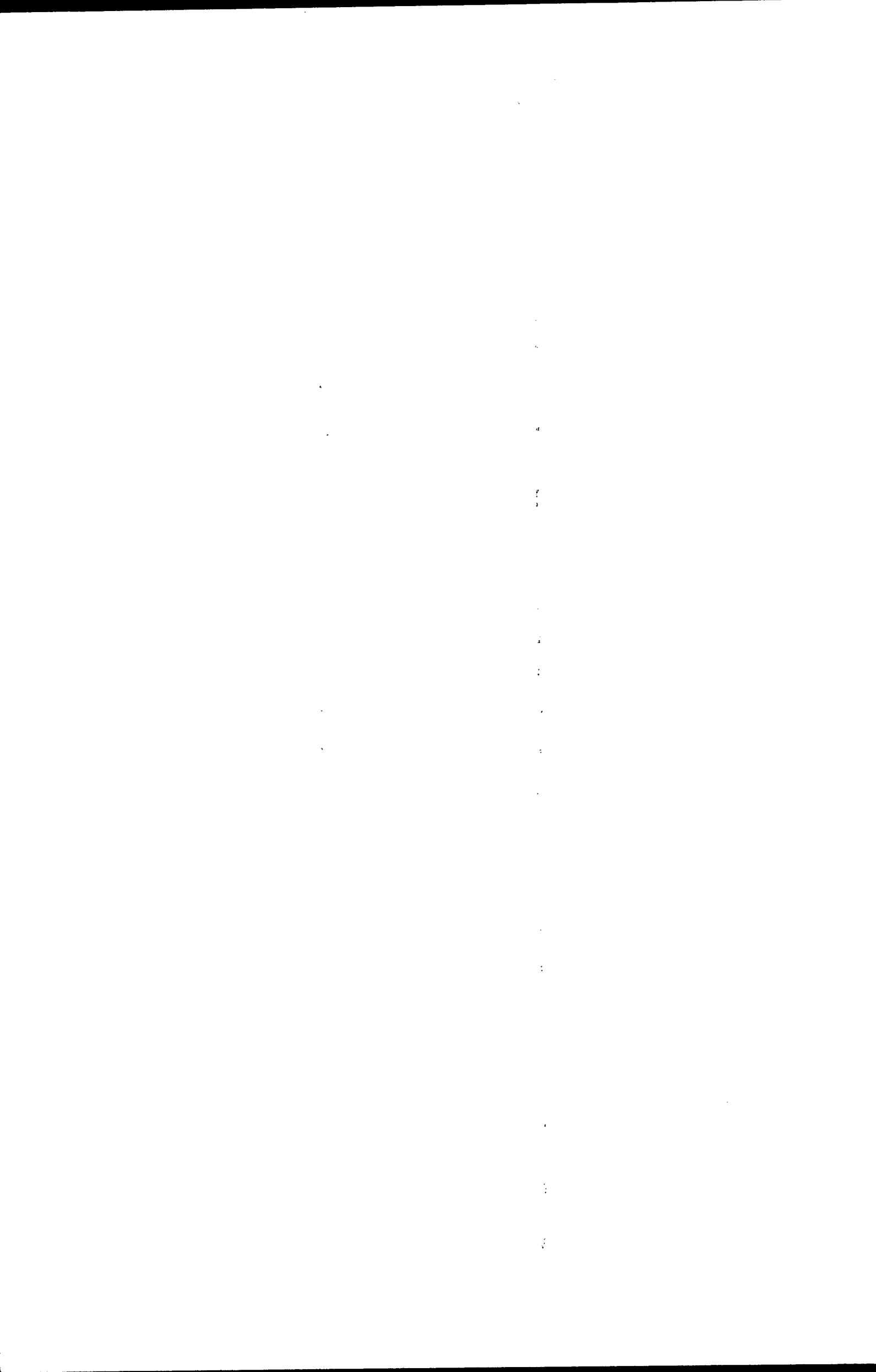
*Como se anotó en precedencia, el delito por el que se procede el PECULADO POR APROPIACIÓN que tiene un ámbito de punibilidad de seis (6) a quince (15) años. Lo anterior teniendo en cuenta que para el momento de la consumación de la conducta no había entrado en vigencia la Ley 890 de 2004. Traducido en meses el ámbito de punibilidad es de 72 a 180 meses. **Sin embargo, atendiendo a que la cuantía del peculado es de aproximadamente 1035 SMLMV** de la época (año 2003), se deberá dar aplicación al inciso segundo del artículo 397 del Código Penal que establece: "si lo apropiado supera el valor de 200 SMLMV dicha pena se aumentará hasta en la mitad". Acudiendo al artículo 60 de la misma norma (...) tenemos que el nuevo contorno punitivo será de 72 a 270 meses (...).*

Así las cosas, los cuartos quedan distribuidos de la siguiente manera: el primero de 72 a 121.5 meses; el segundo de 121.5 a 171 meses; el tercero de 171 a 220.5 meses; y el cuarto de 220 a 270 meses (...).

A este respecto, considera este juzgado dar aplicación a las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000 para las conductas desplegadas tanto por Pérez Pérez como por SIERRA LIZCANO, en particular las referidas el numeral primero (...) y al noveno (...). Sin embargo para el señor SIERRA LIZCANO se aplicará también la circunstancia de menor punibilidad referida en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, esto es la carencia de antecedente penales (...).

Respecto del señor SIERRA LIZCANO, el ámbito de movilidad está restringido a los dos cuartos medios, téngase como ámbito de

Rafael
8



*movilidad el segundo cuarto medio que oscila entre **121.5 a 171 meses** (...) se considera razonable imponerle una pena total de 124 meses de prisión, obedeciendo a parámetros como la gravedad de la conducta y el daño real causado (...) (Folio 33 reverso cuaderno Corte)*

Finalmente, no está demás señalar que, si lo pretendido por el actor es obtener la redosificación punitiva, con fundamento en el principio de favorabilidad, deberá acudir ante el juez executor de la sentencia por ser el competente para resolver el asunto de acuerdo con lo normado en el artículo 38-7 de la Ley 906 de 2004, pues los elementos de prueba allegados a este trámite, permiten concluir que el actor no ha elevado petición alguna en ese sentido, sin que le este dado al juez constitucional anticiparse a ello dadas las características, insístase, de subsidiariedad y residualidad que reviste la acción de tutela como así lo prevé sin discusión alguna el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, al no cumplirse con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela que se invoca frente a una decisión judicial, lo procedente es negar el amparo constitucional deprecado por SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO, máxime que acude a la acción de amparo constitucional como una última alternativa a fin de remover una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Rafael



En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Negar por improcedente el amparo solicitado en la demanda de tutela presentada por SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO, de conformidad con la motivación que antecede.

Segundo: Notificar según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: De no ser impugnada la presente decisión, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

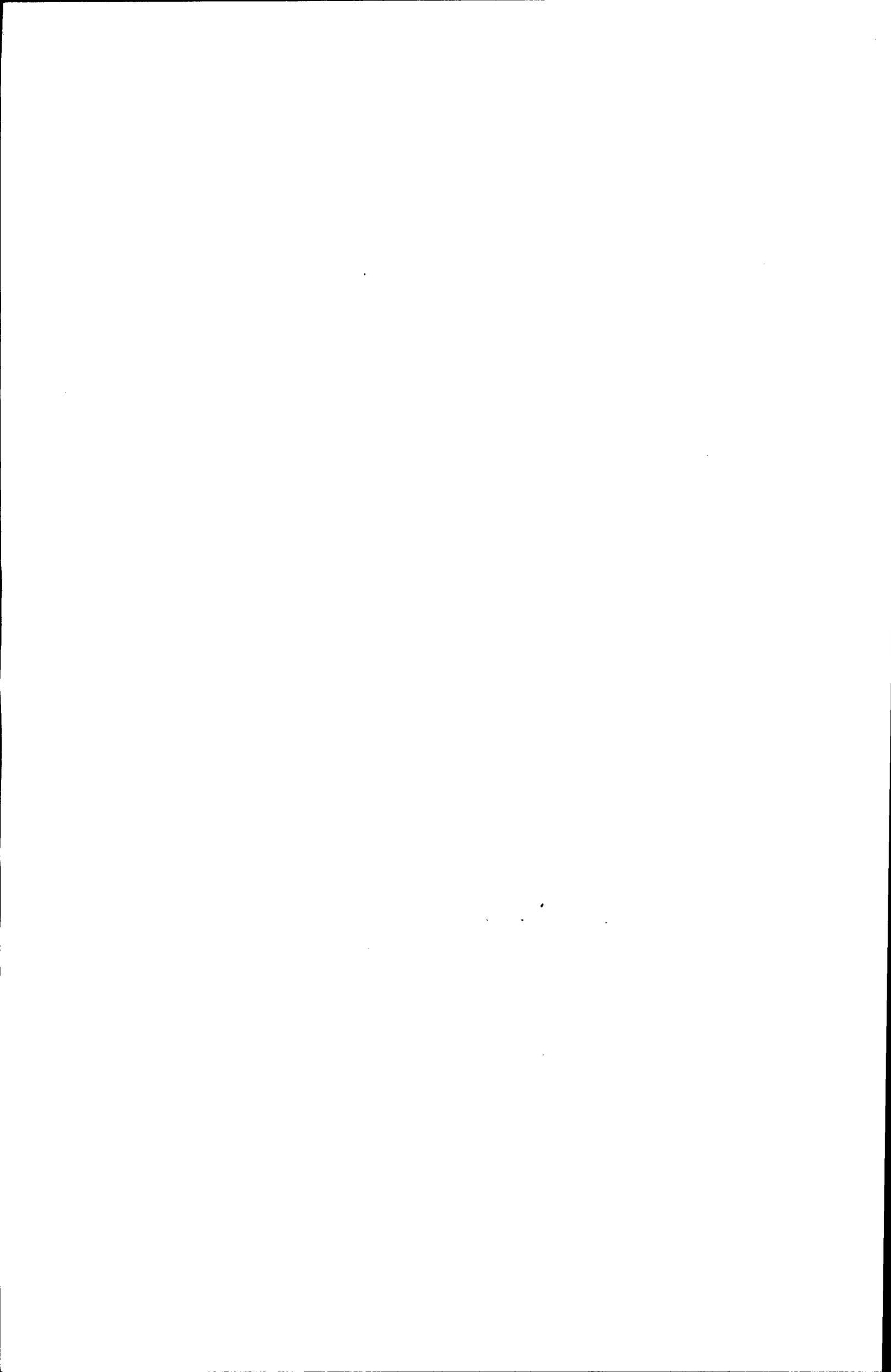
Cumplase



JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



Radicado n° 97528
SERGIO LEONEL SIERRA LIZCANO
Primera Instancia


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



06 ABR. 2018