



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

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP10092 - 2020

Tutela de 1ª instancia No. 112454

Acta n° 194

Bogotá D. C., quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, la acción interpuesta por **OMAR HERNÁN PEÑA TORRES** contra la Sala Penal del Tribunal Superior y Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento, ambos del distrito judicial de Bogotá, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el asunto, el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita y las demás partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal de radicado 110016000013201513716.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda de tutela se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. El 13 de noviembre de 2015, ante el Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación por el delito de “tentativa de homicidio”, oportunidad en la que, dice el accionante, se allanó a cargos debido a la presión y amenazas provenientes de la policía y la defensora pública.

2. El 15 de marzo de 2016, en diligencia de verificación de allanamiento, individualización de la pena y lectura de fallo, realizada por el Juzgado 39 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, la defensa técnica le expresó al juez la intención de retractarse de la aceptación de responsabilidad del ilícito, por la falta de una adecuada asesoría profesional y por haber estado viciado su consentimiento, debido a que fue golpeado, maltratado y amenazado física y psicológicamente por el personal policial

que participó en su captura, agresiones que le causaron un estado de incapacidad de 5 días.

3. El juez de conocimiento negó de plano la postulación de retractación, sin previamente verificar la legalidad del allanamiento – interrogatorio personal del procesado -, conforme lo prevén los artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

4. Ante este panorama, el defensor formuló la nulidad de la actuación por el desconocimiento de garantías fundamentales, debido proceso y defensa, insistiendo en que la aceptación de cargos no estuvo precedida de un consentimiento debidamente informado y ausente de vicios, empero, la solicitud de invalidez fue denegada.

5. En sentencia del 7 de diciembre de 2016, el juzgado accionado lo condenó a la pena de prisión de 175 meses, al hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado en grado de tentativa. Negó la concesión de subrogados penales.

6. Sustentado en este marco fáctico, el accionante en tutela sostiene que la providencia condenatoria fue producto del desconocimiento de la estructura propia del debido proceso y el derecho de defensa, en atención a que, el juez unipersonal, (i) omitió en la audiencia de verificación de allanamiento, individualización de la pena y lectura de fallo, dar trámite a la postulación de retractación elevada e, (ii)

incurrió en error en el proceso de dosificación punitiva, pues, «(...) como no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, considero que el juzgador incurrió (sic) en doble incriminación o en violación del principio del non bis in idem, ya que la gravedad del delito de homicidio está tácitamente comprendida en los numerales 4, 6 y 7 del art. 104 C.P., el cual reitero y aclaro mi delito es tentativa de homicidio “NO HOMICIDIO” lo cual la pena impuesta por el juez es excesivamente elevada y en error».

7. En procura de la protección de las garantías fundamentales invocadas, solicitó que se decrete la nulidad de la decisión adoptada en la audiencia de verificación de allanamiento, individualización de la pena y lectura de fallo.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. **Representante de Víctimas adscrito a la Defensoría del Pueblo.** Sostuvo que la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá no ha desconocido garantía superior alguna, debido a que PEÑA TORRES desde el inicio de la actuación estuvo asistido por un profesional del derecho.

2. **Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.** Informó que en ese despacho se tramitó el proceso 110016000013201513716 en contra del accionante. El 15 de marzo de 2016, previa

citación a las partes, se realizó audiencia de verificación de allanamiento, oportunidad en la que el defensor del procesado manifestó el deseo de éste de retractarse del allanamiento a cargos llevado a cabo en la diligencia de formulación de imputación, solicitud que fue denegada y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en proveído del 15 de julio de 2016.

El 7 de diciembre de 2016, se profirió sentencia de carácter condenatorio, imponiéndose la sanción de 175 meses de prisión, tras hallarlo responsable del delito de homicidio agravado tentado, los subrogados penales fueron negados. La decisión fue apelada y confirmada el 6 de abril de 2017.

3. Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Informó que, por providencia del 27 de marzo de 2017, confirmó la sentencia condenatoria impuesta por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de la ciudad. A pesar de haber sido interpuesto el recurso extraordinario de casación, fue declarado desierto el 24 de agosto de 2017, por falta de sustentación, decisión ratificada el 27 de septiembre de 2017, al resolverse la reposición formulada. Debido a esto, la acción es improcedente, por no cumplirse los requisitos generales de procedibilidad de inmediatez y subsidiariedad.

Agregó que en la decisión censurada se ofrecieron de manera ponderada y razonable los motivos por los que se concluyó que la retractación del allanamiento no cumplía los

presupuestos del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, esto es, no se encontró vicio en el consentimiento ni se vulneraron garantías fundamentales. La dosificación punitiva se ajustó a los parámetros de ley.

4. **Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita.** Excepcionó su falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. **Fiscalía 121 Seccional Unidad de Delitos contra la Vida.** Peticionó que se nieguen las pretensiones en razón a que el juez de conocimiento no estaba obligado a realizar una nueva verificación del allanamiento, debido a que el juez de control de garantías ya lo había hecho. La pena impuesta se encuentra dentro de los límites legales.

6. Los demás intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, los numerales 5 y 11 del canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el 1° del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para resolver esta acción en primera instancia por estar también dirigida en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Problema jurídico

Establecer si frente a las sentencias condenatorias proferidas el 7 de diciembre de 2016 y 27 de marzo de 2017 por las autoridades judiciales accionadas, dentro del proceso penal de radicado No. 110016000013201513716, se cumplen las exigencias de inmediatez y subsidiariedad, y se estructura alguno de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, por tanto, debe concederse el amparo invocado.

Análisis del caso concreto

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos allí establecidos.

2. Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, es necesario, para su procedencia, que cumpla los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, y que se demuestre que la decisión o actuación incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

3. El requisito de inmediatez exige que la acción se presente dentro de un plazo razonable y proporcional,

atendiendo las circunstancias de cada caso, contado desde la fecha en la cual se presentó la violación o la amenaza del derecho fundamental, salvo que se presente alguna causa de justificación en el ejercicio tardío del mecanismo de protección.

4. El presupuesto de subsidiariedad implica, por su parte, que quien acude a la acción de tutela debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional, y que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

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

5. En el presente caso, estas exigencias de procedencia no se satisfacen, pues, en lo atinente al presupuesto de inmediatez, la acción se dirige contra las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, dictadas el 7 de diciembre de 2016 y 27 de marzo de 2017,

respectivamente, es decir, contra decisiones proferidas hace más de 3 años, tiempo que resulta desproporcionado, si se tiene en cuenta que la protección del derecho demanda actualidad y que no se invoca circunstancia alguna que justifique la demora en solicitar su amparo.

En cuanto a la subsidiariedad, es también clara su insatisfacción, porque la parte accionante no utilizó el recurso extraordinario de casación, medio idóneo para buscar la corrección de los errores que ahora denuncia, debido a que fue declarado desierto por auto del 24 de agosto de 2017, decisión ratificada por proveído del 27 de septiembre de 2017, que negó la reposición formulada, ante la ausencia de presentación de la demanda.

6. Aunque esto determinaría de suyo la improcedencia de la acción, la Sala, en atención a que la decisión cuestionada continúa produciendo efectos sobre el derecho a la libertad, comoquiera que el procesado sigue en prisión descontado la pena que califica de ilegal, la Sala superará estas limitaciones con el fin de determinar si en los fallos censurados se estructura alguno de los defectos que apareja la necesidad de otorgar la protección constitucional que se invoca.

7. En el caso concreto, el actor cuestiona las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, adoptadas por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con función de conocimiento y la Sala Penal del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respectivamente, por considerar que,

7.1. En la audiencia de verificación de allanamiento, el juez de conocimiento omitió dar trámite a la postulación de retractación elevada y,

7.2. En el proceso de dosificación punitiva incurrió en error al imponer una pena excesivamente elevada, derivada de una doble valoración de la gravedad del delito sancionado, lo que desconoce la prohibición de doble incriminación.

8. Revisada la actuación procesal, se establece que en audiencia de verificación de allanamiento, celebrada el 15 de marzo de 2016, la defensa, después de que el delegado de la Fiscalía General de la Nación hiciera un relato de los hechos objeto de juzgamiento y verbalizara la imputación jurídica, manifestó la intención del procesado de retractarse del allanamiento, fundamentado en que, para el momento de la diligencia preliminar, no estuvo debidamente asesorado, ni era consciente de su decisión, en atención a que los agentes que lo capturaron le propinaron una golpiza.

El juez de conocimiento negó la postulación, partiendo de considerar que, conforme el registro de audio de la audiencia de formulación de imputación, (i) la atribución de cargos fue clara y precisa, (ii) fue informado por parte del juez de las garantías y los derechos que le asistían, artículo 8° del C.P.P., (iii) fue advertido que por ser la víctima un menor de

edad, la aceptación de cargos no daría lugar a rebaja alguna, (iii) estuvo debidamente asesorado por un profesional del derecho, (iv) la voluntad de allanarse fue libre, consciente y sin constreñimiento, pues, PEÑA TORRES nunca exteriorizó una circunstancia de presión que viciara su consentimiento, por el contrario, manifestó entender las consecuencias de su decisión.

Concluyó, por tanto, que la situación que la defensa denunciaba como irregular, no se advertía ni se acreditada probatoriamente, incumpléndose de esta manera la carga procesal demostrativa, prevista en el parágrafo del artículo 293 del C.P.P. Esta determinación fue apelada por la defensa con los mismos argumentos y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

9. Superado este incidente procesal, el 7 de diciembre de 2016, el juzgado condenó a OMAR HERNÁN PEÑA TORRES a la pena de prisión de 175 meses, por encontrarlo responsable del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, conforme a la imputación jurídica realizada por el órgano de persecución penal y aceptada por el procesado. Los fundamentos de la decisión, en lo que interesa a la materia que aquí se estudia, fueron los siguientes:

9.1. En relación con la nulidad propuesta por la defensa en el traslado regulado por el artículo 447 del C.P.P. – insistió en la retractación por maltrato físico e indebida asesoría

técnica -, precisó que no se demostró que en la aceptación de cargos el consentimiento del procesado estuviera viciado, puesto que, de haberse presentado un maltrato físico durante la captura, ello no repercutía *per se* en la audiencia de formulación de imputación, máxime cuando la autoridad judicial que presidía la diligencia vigiló que se respetaran el pleno de las garantías que deben observarse en este tipo de actos.

9.2. Para justificar el monto de la sanción impuesta, inició por indicar que en este caso resultaba inaplicable el incremento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004, debido a que, por ser la víctima un menor de edad, el allanamiento está desprovisto de rebaja punitiva, artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. (CSJ Rad 41157 y 37671).

A continuación, delimitó el marco punitivo, fijando el mínimo en 150 meses y el máximo de 360 meses de prisión, en atención a las circunstancias de agravación concurrentes en la realización del ilícito de homicidio, numerales 4, 6, y 7 del artículo 104 del Código Penal y el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, canon 27 *ibidem*.

Tras determinar los cuartos de movilidad (art. 61 C.P.), seleccionó el cuarto mínimo – 150 a 202.5 meses -, ya que la Fiscalía General de la Nación no atribuyó circunstancias genéricas de mayor punibilidad y concurrió una de menor punibilidad: carencia de antecedentes. Al individualizar la pena, acudió a los criterios establecidos en la disposición 61.3 del Código Penal, mayor gravedad de la conducta y

mayor intensidad del dolo, pues, *«el hoy acusado sin escrúpulo de ninguna índole, ni respeto por la vida...sin razón alguna considerable desplegó una acción violenta y agresiva encaminada inequívocamente a cegar (sic) la vida de un menor de edad, propinándole de forma desalmada 23 heridas en su cuerpo...».*

10. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la sentencia de primera instancia, indicó que la postulación de invalidez carece de prosperidad, pues, en pretérita ocasión, 12 de julio de 2016, se dijo que la retractación de cargos no es procedente, al no demostrarse la concurrencia de algún vicio de consentimiento o transgresión de garantías fundamentales, máxime cuando el maltrato físico denunciado no tuvo injerencia en la voluntad del procesado, conforme se constató en la diligencia preliminar. El procedimiento de dosificación punitiva no presentó irregularidad alguna.

11. De estas circunstancias fáctico-procesales se constata que las sentencias condenatorias proferidas por las autoridades accionadas no incurren en el defecto de procedimiento que se denuncia, ni en ninguno otro, porque:

11.1. No es verdad que el juez unipersonal accionado haya impedido o negado dar trámite a la solicitud de retractación elevada por la defensa técnica. De hecho, generó el espacio para que explicara las razones que sustentan su postulación, al margen de que no se hubiese interrogado al

procesado. Distinto es que tal pretensión no tuviera acogida por el juzgador, ni por su superior jerárquico, en tanto corroboraron, al escuchar los audios correspondientes, que la manifestación inculpativa del acusado, concretada ante el juez de control de garantías, fue libre, consciente, voluntaria, debidamente asesorada y asistida por su apoderado judicial.

Esta postura se armoniza con la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que tiene establecido que el procesado puede desdecirse de la aceptación de responsabilidad, siempre que demuestre la concurrencia de un vicio del consentimiento y/o violación de garantías fundamentales, sin que sea necesario o indispensable que el juez de conocimiento replique el control judicial de legalidad efectuado por el funcionario de garantías, interrogando nuevamente al acusado acerca de los componentes de voluntad y conocimiento. (CSJ AP5266-2018, 5 de diciembre de 2018, Rad. 52535).

11.2. La labor de dosificación respetó igualmente los parámetros y fundamentos de individualización de la pena, previstos en el artículo 61-3 del Código Penal, pues, seleccionado el cuarto mínimo de punibilidad, motivó con suficiencia y contundencia las razones por las cuales no se aplicaba el tope menor.

Estos razonamientos, de ninguna manera contrarían el principio *non bis in ídem*, que proscribe que: «...*De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado.*» (CSJ SP18927-2017, rad. 49712), puesto que los criterios que se tuvieron en cuenta para individualizar la pena se fundamentaron en valoraciones de la conducta del agresor y no en aspectos o elementos propios de las causales de agravación que integran la descripción típica del ilícito de homicidio.

Oportuno es recordar, por su pertinencia, que la jurisprudencia penal del órgano de cierre de la especialidad tiene dicho que «*El examen de circunstancias tales como la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente, al ser diferentes de las circunstancias específicas o genéricas de agravación y al no coincidir con estas, facultan al juez para, con base en la fundamentación que haga de tales aspectos, infligir un castigo superior al mínimo previsto para la respectiva conducta punible.*» (CSJ SP, 29 de julio de 2008, rad. 29788).

12. Se trata, por tanto, de decisiones debidamente fundamentadas, sustentadas en argumentos razonables, ajustadas a los parámetros legales y jurisprudenciales propios de la materia, que descartan que sean producto de la arbitrariedad o el capricho, y que hayan vulnerado o puesto en riesgo los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

13. En síntesis, en este caso no se cumplieron los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, y tampoco se estructuró alguno de los defectos constitutivos de vías de hechos previstos en la jurisprudencia constitucional.

Se negará, por tanto, el amparo invocado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR el amparo invocado por OMAR HERNÁN PEÑA TORRES contra la Sala Penal del Tribunal Superior y Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con función de conocimiento, ambos del distrito judicial de Bogotá, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR a los sujetos procesales por el medio más expedito el presente fallo, informándoles que puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes, contados a partir de su notificación.


TERCERO. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro

del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

SR



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria