

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

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

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP3253-2021

Radicación n.º 112670

Acta 10

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada por el entonces Magistrado JAIME HUMBERTO MORENO ACERO, se resuelve la acción de tutela presentada por **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN**, contra el Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y el Establecimiento Penitenciario y Carcelario «*La Paz*» de Itagüí, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y dignidad humana.

Al trámite fueron vinculados los Juzgados 1º Penal del Circuito con función de conocimiento de Itagüí, 4º Penal del Circuito con función de conocimiento, y 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la Sala Penal del Tribunal Superior, todos de Medellín, y las partes e intervinientes dentro de los procesos penales con los radicados

052666000000-2019-00012-00¹ -segundo trámite- y
0526660002032013-04211-00² -primer trámite-.

ANTECEDENTES

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente y lo esbozado en el libelo introductorio, se verifica que el Juzgado 27 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, en auto de 26 de diciembre de 2014, detuvo provisionalmente a **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN**, con ocasión del asunto radicado con el número 0526660002032013-04211-00 -primer trámite-. Las conductas atribuidas son *Estafa en la modalidad masa agravada*, *Gestión indebida de recursos sociales*, *Urbanización ilegal* y *Concierto para delinquir*. Desde esa fecha se encuentra privado de la libertad.

El 8 de septiembre de 2018 el Juzgado 1º Penal del Circuito con función de conocimiento de Itagüí condenó al implicado y a otros sujetos, por los referidos reatos, a 220 meses de prisión. El 16 de noviembre siguiente la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó parcialmente la sentencia, en lo atinente a la sanción impuesta por los delitos de *Estafa en la modalidad masa agravada* y *Concierto para delinquir*. Absolvió por las demás conductas. Así, la pena quedó en 138 meses y 21 días de prisión.

¹ Se vinculó a la Fiscal 109 Seccional de Medellín (Fernando Solís García), al delegado del Ministerio Público (Juan Camilo Londoño López), al apoderado del implicado (Luis Roberto Herrera Espinosa), al apoderado de víctimas (Alexander Payares Quintero).

² Se vinculó a la Fiscal 240 Seccional de Itagüí (Gloria Rendon), al defensor del accionante (Kevin Mora Rendón), al defensor anterior (Santiago Trespalacios Carrasquilla), a la defensora de otro acusado (Natalia María Silva Hurtado), a la apoderada de víctimas (Yadira Jaramillo Galeano, Catalina Castaño, Astrid Elena Lince Echavarría y John Jairo Morales Martínez) y los compañeros de causa del actor (Gabriel Jaime Velásquez Rodríguez y Angela María Cano Vargas).

El proceso se encuentra en trámite del recurso de casación, promovido por los otros compañeros de causa.

El accionante solicitó la concesión de la detención domiciliaria. El juez singular de conocimiento negó la postulación, en auto de 3 de abril de 2020. Sostuvo que es *«un aspecto de competencia de los jueces de ejecución de penas, una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria»*. El interesado apeló.

En respuesta, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín revocó el auto impugnado y, en su lugar, accedió a lo peticionado, en proveído del pasado 11 de agosto, previo pago de la caución, equivalente a un (1) SMLMV. Afirmó que *«el Juez de primera instancia es un vigilante provisional de la condena mientras ésta queda ejecutoriada y en esa medida hace parte de su competencia los aspectos relativos a la libertad y de igual forma los cambios de sitio de reclusión domiciliaria, que es, sin duda alguna un mejoramiento ostensible en las condiciones de privación de la libertad»*.³ Así, procedió al estudio del aludido sustituto y halló satisfecho los presupuestos legalmente exigidos.

Cumplida la referida carga económica por el implicado, el siguiente 14 de agosto la mencionada Corporación ordenó el traslado a su domicilio, en el evento que no tuviera otros requerimientos judiciales pendientes para su reclusión intramural.

³ Añadió que *«Debe entenderse que cada vez que un recluso redime su pena se está acercando más a la libertad y es desproporcionado imponerle la carga de sujetar “el derecho” a la duración de los trámites ordinarios hasta que la Sala Penal resuelva el recurso de casación»*.

La Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí, lugar donde está recluido el actor, encontró que **MORENO ROLDÁN** tiene una condena ejecutoriada por otro proceso, cuyo radicado es 052666000000-2019-00012-00 -segundo trámite-, la cual asciende a 106 meses de prisión por los reatos de *Estafa agravada en la modalidad de delito masa y Urbanización ilegal*, emitida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado 4º Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, con ocasión al allanamiento a cargos realizado por el implicado. En dicho asunto se dejó claro que el implicado «se encontraba detenido por cuenta de otra autoridad».

El memorialista expresó que «*dado que ya conocía el actuar de la “Administración de Justicia”*», decidió «*no desgastarme más y no desgastar más a mi familia y seres queridos optando por allanarme a los cargos en este nuevo, pero igualmente injusto proceso, aun considerándome inocente de los cargos imputados*».

La vigilancia de dicha sanción ejecutoriada está a cargo del Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

Con ocasión de ello, la citada autoridad administrativa puso a disposición del último despacho en mención la «*libertad*» del libelista. Subsiguientemente, el aludido fallador resolvió, en providencia de 20 de agosto de 2020, que «*no puede desatender la puesta a disposición de una persona para cumplir una pena que se encuentra en firme y pendiente de su ejecución*». De ese modo, «*legalizó su detención*».

El interesado se duele del *«error interpretativo de la ley e intromisión en actuaciones judiciales que no le corresponde a la Dirección del CPAMS “La Paz” de Itagüí»*, porque decidió *«no trasladarme a mi domicilio tal como lo había ordenado la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín»*. En cambio, *«me dejó a disposición del Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad»*, pese a saber que *«mi privación de la libertad en el proceso No. 052666000203-2013-04211-00 no había ni ha cesado»*.

Igualmente, se queja del error interpretativo de la ley cometido por el mencionado juez vigía, dado que expidió *«la boleta de encarcelamiento dentro del proceso 052666000000-2019-00012-00, sin verificar mi situación jurídica actual y real»*, por cuanto su privación de la libertad por el -primer trámite- no ha cesado. Por ende, estima que *«debía continuar con mi privación de la libertad dentro de esta actuación -primer trámite-, pero de forma domiciliaria»*.

Insiste en que *«no se puede confundir una libertad condicional con una [detención] domiciliaria –que es, al parecer, lo que confunden estos accionados, toda vez que la primera hipótesis –libertad condicional- conllevaría a quedar por cuenta del juez executor accionado, mientras que la segunda hipótesis lleva a que éste –Juez 6° executor- deba esperar a que yo cumpla con la pena domiciliaria para reclamar la ejecución de la sanción penal en el proceso que él vigila»*.

Coralario de lo anterior, el libelista solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, pide:

(i) se ordene al Juzgado 1° Penal del Circuito con función de conocimiento de Itagüí que *«aclare y certifique mi privación de la libertad dentro del proceso 052666000203-2013-04211-00 y si en algún momento he (sic) cesado en mi detención dentro del mismo»*, con el objeto que *«declare la ejecutoria legal de la sentencia proferida en mi contra»* en el referido asunto, en aras de que lo remita a los correspondientes juzgados de ejecución de penas;

(ii) se deje sin efecto el pronunciamiento del Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín acerca de su privación de la libertad dentro de la causa 252666000000-2019-00012-00 -segundo trámite-, así como la boleta de detención expedida en dicho proceso, *«manteniendo vigente su requerimiento dentro de esta actuación hasta tanto logre la libertad en el proceso No. 052666000203-2013-04211-00 o cesen los motivos de mi detención en el mismo»*; y

(iii) se ordene a la Dirección del Establecimiento Penitenciario *«La Paz»* de Itagüí que haga efectiva la detención domiciliaria concedida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

2. Las respuestas

El Ponente de la **Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín**⁴, del auto que concedió la detención domiciliaria,

⁴ Doctor John Jairo Gómez Jiménez.

los Juzgados 1º Penal del Circuito con función de conocimiento de Itagüí,⁵ 4º Penal del Circuito con función de conocimiento⁶ y 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ambos de Medellín⁷ indicaron lo concerniente a los procesos detallados en el acápite anterior, en sus correspondientes competencias funcionales. Todas solicitaron la negativa del amparo invocado, tras estimar que no han vulnerado derecho fundamental alguno.

El fallador vigía añadió que fundamenta su determinación (inviabilidad de materializar la medida sustitutiva otorgada por la citada Corporación, por el requerimiento consistente en cumplir pena ejecutoriada) en lo resuelto en la sentencia de tutela CSJ STP2105-2017, proferida por la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal el 17 de febrero de 2017, radicado 90258, referente a que *«quien tenga un requerimiento para cumplir una medida de aseguramiento o una pena de manera intramural debe cumplirlas primero, en tanto ellas se sobreponen a la reclusión domiciliaria otorgada»*.

La Dirección del Establecimiento Penitenciario «La Paz» de Itagüí se limitó a aportar la cartilla biográfica del interno, así como la boleta de encarcelación librada por el Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la carpeta del Centro de Servicios Judiciales, ambos de Medellín. También remitió el oficio 2020EE0120238 de 14 de agosto de 2020, con ocasión del cual puso a disposición del mencionado fallador vigía la libertad del accionante.

⁵ Doctor Pastor Camilo Jaramillo Cardona.

⁶ Doctora Luisa Fernanda Ramírez Barrera.

⁷ Doctor Aníbal Fidel Arroyo Ortega.

La defensora⁸ de un compañero de causa⁹ del libelista coadyuvó la demanda de tutela. Planteó el siguiente interrogante: «¿Cuál es entonces la pena que (...) Moreno Roldan se encuentra descontando?». Contestó: «Sin lugar a duda la proferida en el año 2017 por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Itagüí», porque «de otra manera el Tribunal de Medellín no hubiese accedido al estudio del asunto otorgándole la sustitución del lugar de reclusión».

Enfatizó que a **MORENO ROLDÁN** no le han concedido algún beneficio que «implique el goce de su libertad», pues «si se hubiese observado la decisión del Tribunal solo continuaría hoy descontando pena detenido en su domicilio, facilitando con ello que el encierro institucional tenga un efecto de reconexión con la vida en comunidad y por tanto con la posibilidad de conducir su vida de manera armónica una vez sea definitivamente liberado y en ese sentido las autoridades penitenciarias solo podrían ponerlo a disposición del Juez Sexto una vez concluida ésta pena».

Sin embargo, añadió, resulta que «al parecer, tanto las autoridades penitenciarias se abrogaron el derecho de poner a disposición a quién no había concluido el pago de su condena, como las autoridades judiciales -Juzgado Sexto de Ejecución- asumieron la idea de mantenerlo detenido intramuralmente, para que comenzara a descontar la pena que el Juzgado vigila sin que existiese ninguna razón legal que amparara tal acción y en tal sentido vulnerando de manera flagrante los derechos fundamentales de (...) Carlos Andrés

⁸ Doctora Natalia María Silva Hurtado.

⁹ Co acusado Gabriel Jaime Velásquez Rodríguez.

Moreno». También expuso que «*no existe en Colombia manera de descontar simultáneamente dos penas y la impuesta por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Itagüí no ha sido satisfecha en su totalidad*».

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al debido proceso y a la dignidad humana del accionante, dentro de los procesos penales adelantado en su contra por la comisión de los delitos de *Estafa en la modalidad masa agravada, Gestión indebida de recursos sociales, Urbanización ilegal y Concierto para delinquir*.

La Sala abordará inicialmente el fallo emitido por el Juzgado 4º Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, por el cual se condenó *-vía allanamiento-* a **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN** por los delitos de *Estafa agravada en la modalidad de delito masa y Urbanización ilegal*. Y, luego, verificará la privación de la libertad en la que se encuentra en la actualidad el actor en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario «*La Paz*» de Itagüí.

Para resolver, previamente verificará si se satisface el principio de residualidad que rige el ejercicio de la acción.

2. La Constitución Política, en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales

fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial¹⁰.

Fallo condenatorio emitido por el Juzgado 4° Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín.

3. **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN** se encuentra inconforme con la privación de su libertad dentro de la causa 252666000000-2019-00012-00 -segundo trámite-, la cual encuentra injusta, al reclamar su inocencia ante los cargos imputados.

Al respecto se observa que el Juzgado 4° Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín el 20 de

¹⁰ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408,41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

febrero de 2020 condenó a **MORENO ROLDÁN**, a 106 meses de prisión por los delitos de *Estafa agravada en la modalidad de delito masa* y *Urbanización ilegal*, con ocasión al allanamiento a cargos realizado por el implicado, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno, bajo la absoluta y libre determinación del ahora accionante, quien en su momento valoró «*no desgastarme más y no desgastar más a mi familia y seres queridos optando por allanarme a los cargos en este nuevo, pero igualmente injusto proceso, aun considerándome inocente de los cargos imputados*».

Conforme con lo anteriormente señalado, la Sala considera que el accionante de maneta directa, o por medio de su apoderado, tuvo la oportunidad de ejercer su defensa al interior del trámite ordinario del juicio oral, o cuestionando los fundamentos del fallo emitido por el Juez de Conocimiento, demandado a través del recurso de apelación, del cual no hizo uso, desechando así el medio de impugnación a su alcance y perdiendo la oportunidad procesal idónea para discutir lo pretendido.

En ese sentido, recuérdese que la jurisprudencia constitucional, así como la de esta Colegiatura, ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de este excepcional dispositivo, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias y sólo ante la ausencia de dichos senderos o, cuando las mismas no son idóneas o efectivas para evitar la

ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de tutela.

En ese entendido, el carácter residual del instrumento constitucional impone al interesado la obligación de desplegar su actuar dirigido a poner en marcha los recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías fundamentales.

Por ello, se sigue insistiendo en que, si existiendo el medio judicial de defensa el quejoso deja de acudir a él y, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir esta herramienta en procura de lograr la guarda de un derecho fundamental¹¹, salvo que demuestre su falta de idoneidad o eficacia en el caso concreto.

Y para el caso, el debate que propone la parte demandante no fue planteado al interior del proceso, dado que no se aprecia referencia alguna de que el inculpado haya deprecado su inocencia o su libertad ante esa instancia.

En este sentido, a partir de los enunciados contenidos en la demanda, se advierte que la sentencia emitida en contra de **MORENO ROLDÁN** correspondió a los cargos que la Fiscalía le imputó sin observación alguna por él o su defensa y, que la aceptación de cargos responde a la voluntad libre, consciente y debidamente asesorada del imputado de asumir su responsabilidad.

¹¹ CC T-480/11

Por ello, si el implicado no compartía la restricción a la libertad impuesta o el juicio de responsabilidad enrostrado, el camino a seguir no era allanarse sino exponer su tesis a través de los mecanismos de defensa judicial a su alcance, en particular, aquellos que se establecen en el curso ordinario del trámite penal, para, entre otras cosas, confrontar las bases probatorias a partir de las cuales se tendrían por deducida su configuración.

Sin que resulte ahora, consecuente con su decisión, que se estime equivocada tal indicación, pues, se insiste, de manera alguna estaba compelido a aceptarla y, de no haberse acogido a ella, podría haber expuesto su desacuerdo, incluso, en caso de haberse mantenido una vez proferida la sentencia correspondiente a través de los medios de oposición establecidos en el ordenamiento jurídico.

Máxime si no se descartaba de forma absoluta la posibilidad del sentenciado de promover el recurso vertical a fin de que se estimara su propuesta, pues aun habiéndose dictado el fallo vía allanamiento, ésta subsiste en el entendido que se quebranten garantías fundamentales, aspecto a dilucidar ante la autoridad competente.

A lo cual se añade, que al momento de emitirse sentencia el funcionario de conocimiento no constate el comportamiento reprobado pues para dictar fallo condenatorio se requiere además «*un mínimo de prueba que*

permita inferir la autoría y participación en la conducta y su tipicidad»¹².

Así las cosas, surge evidente la improcedencia de la acción impetrada, al resultar contrario a la naturaleza subsidiaria del mecanismo constitucional que el condenado pretenda habilitar en esta sede un examen sobre los fundamentos del fallo de condena que debió exponer ante los funcionarios judiciales, bajo el errado entendido que el mismo opera a su arbitrio, como si se tratara de una instancia paralela a los procesos judiciales ordinarios.

Ahora bien, el proyecto de tutela presentado en este caso, inicialmente, por el Magistrado JAIME HUMBERTO MORENO ACERO fue derrotado, toda vez que se concedía el amparo al derecho a la doble conformidad al advertirse que aquel procedía de forma oficiosa.

Sin embargo, la Sala mayoritaria no comparte esa postura, por ello se reiterarán los planteamientos consignados en los fallos de tutela CSJ, ST 13, may. 2020, rad. 107724 y CSJ STP-2020, 20 may. 2020, rad. 13, emitidas en Sala Plena Penal de esta Corporación.

La regulación del principio de la doble conformidad a partir de los directrices emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014, no procuró que las decisiones condenatorias fueran necesariamente ratificadas por otra autoridad judicial, sino la superación del vacío que se

¹² Cfr. Artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

advertía en casos específicos para dar plena aplicación a la garantía instaurada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que señala el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

En ese sentido, precisó la Corte en las providencias referidas, se destacaron los eventos en los que dicha facultad se restringía, en particular, aquellos en los que la sentencia de carácter condenatorio se emitía por primera vez por los Tribunales Superiores al desatar el recurso de apelación interpuesto contra un fallo absolutorio o, por la Corte en sede extraordinaria de casación¹³ y las sentencias emitidas en única instancia en procesos contra aforados constitucionales; propósito que quedó, sin duda, evidenciado con la expedición del Acto Legislativo número 01 de 2018.

A este respecto, en providencias CSJ, ST 13, may. 2020, rad. 107724 y CSJ STP-2020, 20 may. 2020, rad. 13, la Corte en Sala mayoritaria sostuvo:

La teoría de la doble conformidad, diseñada para garantizar la discusión contra decisiones que al tiempo que imponen por primera vez una condena carecen de recursos ordinarios, como acontece, por ejemplo, con las decisiones que por primera vez dicta un Tribunal al resolver un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, o como sucedía contra las que en única instancia dictaba la Corte contra aforados constitucionales, y que dio lugar a la expedición del Acto legislativo número 01 de 2018, para colmar un déficit de protección a la posibilidad de controvertir decisiones condenatorias que se profieren por primera vez, es inaplicable en el presente caso y a situaciones similares.

¹³ Sobre este particular, cfr. CC SU215 de 2016

En efecto, en la sentencia C 792 de 2014, la Corte Constitucional consideró que “se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve al condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena.” En tal sentido resolvió: “Declarar la inconstitucionalidad parcial con efectos diferidos, de las normas acusadas de la Ley 906 de 2004, en cuanto omitieron la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y declarar exequible el contenido positivo de esas mismas disposiciones.”

Esto quiere decir que los artículos 20, 32, 161, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, que corresponden a las normas examinadas en la Sentencia C 792 de 2014, son constitucionales en cuanto propician sin restricciones el derecho a impugnar las sentencias condenatorias que se profieren por primera vez, como ocurre con las dictadas por los jueces penales municipales, jueces penales del circuito y Tribunales en primera instancia. De manera que estas situaciones, en su sentido positivo, no tienen relación con el Acto Legislativo 01 de 2018, diseñado expresamente para superar el contenido negativo de las normas de la Ley 906 de 2004 mencionadas.

Ahora, no es necesario partir de la idea que el derecho a la impugnación y la segunda instancia tienen alcances diferentes, en tanto como se expresara en la sentencia C792 de 2004, la doble instancia a la que se accede a través del recurso de apelación es medio de la realización del derecho a la impugnación:

«Sin perjuicio de lo anterior, ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos

instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación.»

Entonces, tal y como lo refirió esta Corporación en los fallos aludidos, si de lo que se trata es de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, es claro que tal cometido se cumple a través del establecimiento de un recurso con tal propósito, el cual permita controvertir sin ninguna limitación los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia condenatoria por el afectado con la decisión.

De igual manera, como lo reseñó la Sala mayoritaria, en el proveído mencionado, no hay lugar a considerar que, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, por su carácter fundamental, exija la mediación oficiosa del funcionario judicial, hasta el punto de que si el condenado no interpone recursos se debería propiciar la revisión de la decisión condenatoria por una instancia superior, igualmente si no se la recurre oportunamente, o incluso si se desiste después de haberla impugnado, pues como derecho subjetivo, pertenece al ámbito de la soberanía individual.

En ese orden, se garantiza el derecho cuando se establece el instrumento y concede la oportunidad al interesado para interponerlo, tal y como se precisó proveídos CSJ, ST 13, may. 2020, rad. 107724 y CSJ STP-2020, 20 may. 2020, rad. 13:

En ese contexto, véase que en la sentencia C 792 de 2014, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria se concibió como un

derecho subjetivo del condenado, es decir, como una facultad que depende de su albedrío, pensado para cubrir un déficit de protección procesal y sustancial frente a decisiones condenatorias inimpugnables a través del sistema de recursos ordinarios, una situación que en ningún caso se presenta en los casos en donde quien dicta la primera decisión de ese tipo es un Juez, como ocurre ahora, y no como un recurso oficioso.

En efecto, al referirse al núcleo del derecho, la Corte Constitucional en la sentencia C 792 de 2014, señaló:

El derecho a la impugnación otorga la facultad a las personas que han sido condenadas en un juicio penal controvertir el fallo incriminatorio ante una instancia judicial distinta de quien dictó la providencia, es decir, para atacar las bases y el contenido de la sentencia que determina su responsabilidad penal y que le atribuye la correspondiente sanción.”

Por esta razón, en el numeral 7 del artículo 3 del acto Legislativo Número 1 de 2018, que reformó el artículo 235 de la Constitución Política, expresamente se señaló lo siguiente:

Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1,3,4, 5 y 6 del presente artículo o de los fallos que en esas condiciones proferían los Tribunales Superiores o Militares.”

Y por lo dicho se acoge el argumento según el cual:

«...desde el nivel constitucional, se delineó que la impugnación no es un recurso oficioso sino rogado y de allí la expresión “solicitud” empleada en el texto, que hace énfasis en la necesidad de que la revisión de la sentencia condenatoria sea la consecuencia de un acto de parte y no un examen oficioso a manera de una consulta abiertamente improcedente desde esta perspectiva.

Por consiguiente, a partir de una interpretación del texto constitucional, la necesidad de la “solicitud” como condición de procedibilidad para que la primera sentencia condenatoria sea revisada, no se circunscribe únicamente a los procesos señalados

en el artículo constitucional citado, sino a todas las actuaciones procesales en las que se haya dictado una providencia condenatoria por primera vez.»

Ante este panorama, se observa que este caso como el procesado y defensor no impugnaron oportunamente la decisión de primera instancia, aquella quedó ejecutoriada y, sin posibilidad de ser revisada a través de la impugnación especial o el recurso extraordinario de casación.

Por tales razones, el amparo será declarado improcedente.

Privación actual de la libertad del accionante.

4. De otra parte, La Sala verificará si la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí lesionó el debido proceso de **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN**, al desatender la orden proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en auto de 11 de agosto de 2020, consistente en trasladar al implicado a su domicilio a efectos de que siga privado de la libertad por cuenta de la causa rotulada con el número 0526660002032013-04211-00 -primer trámite-, y poner dicha persona a disposición del Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, autoridad que vigila la condena impuesta al actor en el asunto 052666000000-2019-00012-00 -segundo trámite-.

Consecuentemente, determinar si el titular del Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín

vulneró el debido proceso de **MORENO ROLDÁN**, al desconocer aquella orden judicial y mantener recluido al implicado en el citado penal, con ocasión del caso 052666000000-2019-00012-00 -segundo trámite-.

Advierte la Sala que razón le asiste a las mencionadas autoridades accionadas, conforme el precedente CSJ STP STP2105-2017, 16 feb. 2017, radicación 90258.

El caso resuelto en tal pronunciamiento guarda estrechas similitudes fácticas con el presente, dado que el demandante en aquella actuación constitucional demostró ser condenado en un primer proceso,¹⁴ cuya sentencia se encontraba ejecutoriada y donde fue beneficiado con la prisión domiciliaria en sede de ejecución, al paso que fue detenido preventivamente en un segundo proceso,¹⁵ y con ocasión de esta última determinación no fue trasladado de lugar de reclusión por disposición del director de la cárcel donde estaba purgando la condena.

La explicación de la aludida afirmación, válida para ambos (el citado y el actual), radica en que otro juez de la República encontró que los sujetos pasivos de la acción punitiva del Estado deben estar privado de la libertad en establecimiento carcelario.

El traído a colación, por su presunta autoría en los ilícitos de *Homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, motivo por el cual fue detenido

¹⁴ Por el delito de *Hurto agravado y calificado*, en concurso con *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*.

¹⁵ Por la presunta comisión de los ilícitos de *Homicidio agravado*, en concurso con *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*.

preventivamente por un juez de control de garantías. El presente, por su responsabilidad en los reatos de *Estafa agravada en la modalidad de delito masa* y *Urbanización ilegal*, dado que el Juzgado 4º Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín lo condenó, en fallo de 26 de febrero de 2020, a 106 meses de prisión, previo allanamiento a cargos.

En el presente asunto, así como en el referenciado, se trata de dos decisiones emitidas frente a distintos comportamientos desplegados por los implicados que tienen como sustento diversas razones.

En aquel el evento, la prisión domiciliaria fue otorgada porque se encontró que el implicado pese a cometer los delitos de *Hurto calificado y agravado* y *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, cumplió más de la mitad de la pena y contó con arraigo social y familiar. Pero, así mismo, fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva al considerarse, según así consta en la presente actuación, que por razón de la presunta comisión de los delitos de *Homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones* constituye un riesgo para la comunidad y, además, hay peligro de fuga en su caso.

En el caso de **MORENO ROLDÁN**, la detención domiciliaria obedeció a que, pese a ser juzgado en dos instancias por presuntamente cometer los ilícitos de *Concierto para delinquir* y *Estafa agravada por la modalidad de delito masa* -primer trámite que aún se encuentra en curso-, en este momento ha cumplido más de la mitad de la pena y cuenta con arraigo

social y familiar, al paso que pagó la correspondiente caución. Pero, así mismo, ha sido afectado con prisión intramural al ser considerado responsable por la comisión de los reatos de *Estafa agravada por la modalidad de delito masa* y *Urbanización ilegal* -segundo trámite-.

La pregunta es, entonces, cuál de esas decisiones es la llamada a efectivizarse en este momento. Y la respuesta no es otra que aquella que comporta una restricción más severa de la privación de la libertad, porque no resulta viable soslayar el pronunciamiento emitido por un juez de la República, quien ha dictaminado que el aquí accionante es penalmente responsable de los reatos de *Estafa agravada por la modalidad de delito masa* y *Urbanización ilegal*. (CSJ STP STP2105-2017, 16 feb. 2017, radicación 90258).¹⁶

Solamente si esa determinación es cumplida o por cualquier otra causa pierde vigencia, ahí sí se materializará la que únicamente comporta reclusión en su domicilio, pues resulta razonable que el actor siga privado de la libertad, comoquiera que en su historial registra otro requerimiento judicial que no puede ser burlado o postergado, bajo el argumento que no ha recobrado su libertad en el proceso 2013-04211 -primer trámite-, porque la función de la ejecución de la pena impuesta en la causa 2019-00012 -segundo trámite- perdería sentido, toda vez que no habría continuidad en cuanto tratamiento penitenciario.

¹⁶ En el caso traído a colación, la respuesta al interrogante fue la siguiente: «aquella que comporta una restricción más severa de la privación de la libertad, porque no resulta viable soslayar el pronunciamiento emitido por un juez de la República, quien ha dictaminado que el aquí accionante constituye actualmente un peligro para la comunidad y, además, hay riesgo de que no comparezca al proceso», debido a que «esa es la valoración actual que frente a la personalidad del reo ha hecho un juez de la República con ocasión de la presunta comisión de otros delitos».

El hecho de que, por razones propias de la dinámica procesal, un expediente se tramite más rápidamente que otro u otros que se adelanten concomitantemente no significa que el régimen de libertad del procesado o condenado quede sujeto a lo allí ocurrido, con exclusión fatal de las incidencias presentadas al respecto en las demás actuaciones.¹⁷

Tal entendimiento no es el que propicia la ley. Si se inicia otro proceso y allí se adopta una decisión que restringe más severamente su libertad, es claro que será esta última la llamada a aplicarse con preferencia a las medidas de menor entidad, salvo si ella decae con posterioridad, porque, como se dijo, en la actualidad existe una sentencia judicial condenatoria que es inviable obviarse, comoquiera que no puede esquivarse ni diferirse en el tiempo. (CSJ STP STP2105-2017, 16 feb. 2017, radicación 90258)

En otras palabras, sólo si se hace efectiva en este momento la decisión proferida dentro del proceso seguido por el Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín -segundo trámite- podrán cumplirse las funciones de la ejecución de la pena, esto es, la prevención especial y la reinserción social de **MORENO ROLDÁN**, dentro del respeto de su autonomía y dignidad.

Es claro que esos propósitos no se satisfacen con la detención domiciliaria, pues para su otorgamiento sólo se consideró que el actor cumplió más de la mitad de la pena y cuenta con arraigo social y familiar, al paso que pagó la correspondiente caución, pero no se justipreciaron las

¹⁷ CSJ STP STP2105-2017, 16 feb. 2017, radicación 90258.

circunstancias en que se desarrollaron los hechos constitutivos de la comisión de los delitos de *Estafa agravada por la modalidad de delito masa y Urbanización ilegal*, por los cuales fue condenado el demandante.

Esta última actuación judicial condujo a la Dirección de la Cárcel de Itagüí a poner a disposición del Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín a **MORENO ROLDÁN**. A su turno, tales conductas llevaron a concluir a ese despacho judicial acerca de la legalidad, necesidad y proporcionalidad del cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada en disfavor del memorialista.

Recuérdese que el derecho penal en un Estado Social y Democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida que los considera graves. (*Cfr.* Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993).

Así, pues, un adecuado sistema de política criminal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a

desempeñar, dado unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de prevención especial.¹⁸

La función de la pena debe examinarse en un momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones). Mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993).

Valga recordar en este punto, que en la actualidad **MORENO ROLDÁN**, se encuentra descontando pena correspondiente a la prisión intramural impuesta por el Juzgado 4º Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, bajo vigilancia del Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

En estas condiciones, la Sala negará el derecho fundamental al debido proceso de **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN**, dado que la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí y el titular del Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín respetaron y acataron la orden judicial que debe

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993.

prevalecer en casos como el analizado: la prisión intramural prima sobre la detención domiciliaria. Obrar que se ofrece legítimo.

Ello, por cuanto el derecho penal en un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional.

De otra parte, comoquiera que en materia penal es inadmisibile la ejecutoria parcial de la sentencia (CSJ AP, 27 jul. 2009, radicado 31647), se negarán las demás pretensiones de la parte accionante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar improcedente la tutela instaurada por **CARLOS ANDRÉS MORENO ROLDÁN**.

Segundo. Ordenar que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EYDER PATIÑO CABRERA



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria