



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP12482-2022

Radicación n.º 125946

(Aprobación Acta No. 223)

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, la acción interpuesta por **JOSÉ HERNANDO ORTIZ**, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, con ocasión al proceso penal 255136108014201680359 (en adelante, proceso penal 2016-80359).

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el presente asunto, todas las partes e intervinientes en el proceso penal 2016-80359.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

JOSÉ HERNANDO ORTIZ solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, salud, vida, entre otros, los cuales considera vulnerados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, con ocasión a la sentencia emitida en su contra dentro del proceso penal 2016-80359.

Del escrito de tutela y documentos aportados al expediente tutelar, se tiene que, el 21 de agosto de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho absolvió al señor **JOSÉ HERNANDO ORTIZ** de los delitos de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y amenazas.

Esta decisión fue apelada, por lo que la fiscalía y, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca revocó la providencia recurrida, para, en su lugar, condenar al accionante como autor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 108 meses de prisión, así como a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un tiempo igual al de la pena privativa de la

libertad. Asimismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; por consiguiente, dispuso librar orden de captura en su contra.

Frente a esta última determinación, fue presentado el recurso de impugnación especial, por lo que el expediente fue remitido a esta Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 18 de noviembre de 2021 y asignado por reparto al Despacho del Magistrado ponente.

El 28 de junio de 2022, la parte accionante presentó *“solicitud de audiencia preliminar para la: CESACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ORDEN DE CAPTURA, HASTA QUE EL FALLO QUEDE EN FIRME Y/O SUSTITUCIÓN PRISIÓN INTRAMURAL POR EL LUGAR DEL DOMICILIO”* ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, al considerar que si bien el proceso penal 2016-80359 se adelanta conforme a los lineamientos de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad, se debe dar aplicación al artículo 188 de la Ley 600 de 2000, en lugar del artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

En audiencia del 5 de agosto del presente año, el el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho negó la petición de revocar o cesar los efectos de la orden de captura en contra del accionante. Asimismo, tampoco acogió la pretensión de sustitución de prisión intramural por el lugar del domicilio; decisión que se notificó en estrados y, contra la cual, no se presentó recurso alguno.

Acude al presente trámite constitucional con la finalidad que se amparen sus derechos fundamentales y se ordene *“mi sustitución del lugar de prisión - Cárcel del Espinal - por la del lugar de mi domicilio, esto es en la finca la Vega del Municipio del Peñon, vía pacho – la palma, km 24 Cundinamarca u ordene aquello que el despacho considere pertinente para garantizar el restablecimiento de esos derechos fundamentales conculcados.”*

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1.- El Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca manifestó que, ese Despacho no quebrantó ninguna garantía fundamental del accionante, ya que se tomó una decisión con base en el material probatorio allegado al expediente, en la normativa legal y la jurisprudencia que gobierna el tema.

Aseveró que, el ahora tutelante, tiene a su alcance los mecanismos de defensa judicial establecidos en la Ley, esto es, el recurso de impugnación especial, al cual acudió, y se encuentra en curso para su resolución.

2.- El Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho realizó un recuento de las actuaciones llevadas a cabo dentro del proceso penal 2016-80359, y aseveró que, el señor **JOSÉ HERNANDO ORTIZ** no agotó los recursos ordinarios a los que había lugar contra la decisión de 5 de agosto de 2022, por lo cual, no se cumple con el requisito general de

subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.- La Fiscalía Seccional de Pacho manifestó que, la solicitud de amparo constitucional resulta improcedente al no agotarse los recursos ordinarios a los que había lugar contra la negativa de sustitución de la privación de la libertad intramural por domiciliaria o cesación de los efectos de la orden de captura.

4.- La Procuradora 259 de Pacho aseveró que, al no haberse presentado el recurso de apelación por la parte accionante contra el proveído de 5 de agosto de 2022, no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela interpuesta por **JOSÉ HERNANDO ORTIZ**, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional¹.

La acción de tutela contra providencias judiciales, exige:

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

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

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

¹ Fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible².

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que, en punto de las exigencias específicas, se han establecido las que a continuación se relacionan:

i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

iii) Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

² Ibidem.

³ Sentencia T-522 de 2001.

v) *Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

vi) *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*

vii) *Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁴.*

viii) *Violación directa de la Constitución.*

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en

⁴ Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001

el sentido de que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «... si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta». -C-590 de 2005-.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La presente acción de tutela se centra en dos puntos: (i) determinar si con la decisión emitida el 6 de septiembre de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca con ocasión del proceso penal 2016-80359 que cursa en contra del señor **JOSÉ HERNANDO ORTIZ**, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, en consecuencia, debe concederse el amparo; y (ii) determinar si la solicitud de amparo presentada por el accionante contra el proveído de 5 de agosto de 2022 emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, se encuentra entre una de las excepciones del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Para resolver el problema jurídico planteado en precedencia, se analizará i) la línea jurisprudencial que respecto de la procedencia de la acción de tutela frente a procesos en curso ha establecido la Corte Constitucional y ii)

el núcleo esencial de la dignidad humana y la necesaria intervención del juez constitucional para su protección.

En sentencia T-335 de 2018, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló:

«3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.»

1.1. Justamente, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad que son predicables de la acción de protección constitucional, disponen como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello además de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, estableció que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para

resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

1.2. Así las cosas, mientras un proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela⁵.

1.3. Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala pudo evidenciar que el proceso penal 2016-80359, se encuentran en curso. Lo anterior, teniendo en cuenta que, tal como fue expuesto por el accionante, las autoridades vinculadas al presente trámite tutelar y, una vez revisado el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial, se evidencia que, dentro del proceso, la parte accionante presentó recurso de impugnación especial, por lo que el expediente fue remitido a esta Corporación y asignado por reparto al Despacho del Magistrado Ponente el 19 de noviembre de 2021, para su respectivo estudio.

1.4. En ese orden, al encontrarse en curso el proceso penal 2016-80359, no puede la parte accionante solicitar la

⁵ Cfr. 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.

protección constitucional, pues ello atenta contra los principios de residualidad y subsidiariedad que caracterizan este instrumento, según los cuales *«esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial»* (artículo 86 Constitucional), precepto que es reafirmado por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, al decir que *«la acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales»*.

En ese sentido, es preciso recordarle a la parte actora que, al interior de los procesos ordinarios, existen eficaces mecanismos de defensa para el restablecimiento de los derechos presuntamente lesionados.

1.5. Por lo anterior, no puede el juez constitucional entrometerse en los asuntos que son propios del juez natural, cuando aún los accionantes tienen la posibilidad de reclamar lo alegado ante el juez competente, pues de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que *«la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela»*. (CC T-1343/01).

1.6. Entonces, al contar con otros medios de defensa judicial al interior del proceso penal 2016-80359, la petición de amparo propuesta por el accionante, está destinada a fracasar por improcedente.

2. Respecto al segundo problema jurídico planteado, advierte esta Sala que, el actor tenía a su disposición otros mecanismos para obtener su pretensión, a saber, la interposición del recurso de apelación, contra el auto de 5 de agosto de 2022, mediante el cual, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho en audiencia de la fecha resolvió negar al señor **JOSÉ HERNANDO ORTIZ** la petición de revocar o cesar los efectos de la orden de captura en su contra y tampoco se acogió su solicitud de sustitución de prisión intramural por el lugar de domicilio.

2.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que el requisito de la subsidiariedad puede ser flexibilizado en dos situaciones, la primera es cuando se demuestre que el mecanismo ordinario es inidóneo o ineficaz para el cumplimiento de las pretensiones del actor y, el segundo, cuando a pesar de la idoneidad y efectividad del mecanismo, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que requiera la intervención inmediata del juez constitucional.

En ese sentido se pronunció el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en la sentencia T397 – 18, al reiterar su propia jurisprudencia:

No obstante, se ha reconocido que existen ciertos eventos en los que, a pesar de la existencia de mecanismos ordinarios de protección, resulta admisible acudir directamente a la acción de tutela, los cuales han sido sintetizados de la siguiente manera: **(i)** cuando se acredita que a través de estos es imposible obtener un amparo integral de los derechos fundamentales del actor, esto es, en los eventos en los que el mecanismo existente carece de la **idoneidad** y **eficacia** necesaria para otorgar la protección de él requerida, y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; hipótesis dentro de las que se encuentran inmersas las situaciones en las cuales la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por ello, su situación requiere de una particular consideración por parte del juez de tutela; y **(ii)** cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un **perjuicio de carácter irremediable**, evento en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a proferir una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural.

Sobre el primero de los eventos anteriormente mencionados, esta Corporación indicó en la Sentencia SU-772 de 2014, que para determinar la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario es necesario que el juez constitucional valore:

“i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión (...); ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado (...); iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema (...) dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona.”

(...)

Respecto del segundo de ellos, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda tildarse de irremediable. Entre ellos se encuentran: que **(i)** se esté ante un daño **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; **(ii)** de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta **irreparable**; **(iii)** debe ser **grave** y que, por tanto, conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; **(iv)** se

*requieran medidas **urgentes** para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.*

2.2. Luego de examinar las pruebas obrantes en el expediente, la Sala considera que no existen los elementos suficientes para considerar que el mecanismo ordinario propuesto es inidóneo e ineficaz, máxime cuando no acudió al recurso de apelación planteado, ni tampoco, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable actual o inminente.

2.3. Siendo así, se pone en duda las razones reales que conllevaron a omitir la presentación del recurso de apelación; mecanismo idóneo y eficaz para subsanar vulneraciones de garantías fundamentales, toda vez que, no existen razones de peso, para vislumbrar la imposibilidad de acciones para su presentación.

Luego, como se anticipó, la acción de tutela resulta improcedente frente a los aspectos planteados, por no cumplir el presupuesto de la subsidiariedad.

Por lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por **JOSÉ HERNANDO ORTIZ**, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, por las razones expuestas.

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



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

CUI 11001020400020220173300

Rad. 125946

José Hernando Ortiz

Acción de tutela

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2022