



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

STP15341-2022
Radicado no.º 126763
Acta 240

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Resuelve la Sala la acción de tutela interpuesta por LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la Regional Bogotá de la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría 24 Judicial II Penal de esta ciudad y la Fiscalía 225 Seccional de Bogotá, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la *familia*.

Además de las autoridades accionadas, al trámite fueron vinculadas todas las partes e intervinientes del proceso penal ordinario seguido bajo el radicado 110016000055201100216, en particular, a *Jorge Andrés García Núñez* y a las víctimas reconocidas dentro del trámite referido, así como al Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el escrito inicial y los informes de respuesta que obran en el expediente, el año 2013, cuando LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ tenía 9 años de edad, fue *condenado* el señor *Jorge Andrés García Núñez*, padre del accionante, a la pena principal de veintidós (22) años de prisión, tras haber sido hallado penalmente responsable por la comisión del delito de *acceso carnal y actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado*. Desde entonces, el accionante ha vivido sólo con su madre, quién padece la enfermedad de *Parkinson*, al punto que no es capaz de valerse por sí misma. Adujo que su padre no cometió los punibles por los que fue declarado culpable y que, en cualquier, dicha condena ha propiciado que él haya perdido el acompañamiento de su figura paterna a lo largo de la última fase de su infancia y su adolescencia.

Añadió que, debido a la privación de la libertad de su papá, él y su madre han sobrevivido del aporte económico que realizan sus tíos, quienes aportan el dinero de sostenimiento que antes aportaba su padre. Reiteró que, debido a la injusta condena de *Jorge Andrés García Núñez*, a él le ha hecho falta su figura paterna en los momentos de dificultad, lo que, a su juicio, denota una evidente afectación a sus derechos fundamentales.

A continuación, LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ solicitó una explicación en relación con la condena de su padre, pues

considera que él es inocente. Refirió que durante el juicio ocurrieron varias irregularidades, como el hecho de que él hubiera sido condenado a pesar de la retractación de los testigos e, incluso, a pesar de que la primera instancia lo *absolvió* por falta de pruebas. Resaltó que, de acuerdo con la propia denunciante, ella inició el procedimiento como un acto retaliativo en contra de su padre y que, no obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá decidió darles mayor credibilidad a las entrevistas practicadas en sede de indagación que a los testimonios practicados en juicio oral, como fundamento para enviar a su papá a prisión.

Tras considerar que toda esta situación denota una evidente afectación a su garantía fundamental a la *familia*, se infiere que LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ, a pesar de no indicarlo de manera expresa, requiere que se *revise* la sentencia del 19 de febrero de 2013, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá *condenó* a su padre a la pena principal de veintidós (22) años de prisión, sin posibilidad de acceso a la prisión domiciliaria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional.

TRÁMITE PROCESAL

1. Por auto del 3 de octubre de 2022, la Sala *admitió* la tutela y *corrió* el traslado correspondiente a las autoridades accionadas y vinculadas.

2. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá manifestó que conoció del recurso de *apelación* que presentó la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de septiembre de 2011 por el Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, por medio de la cual se *absolvió* a *Jorge Andrés García Núñez* de los delitos que le fueron imputados por el órgano acusador. Relató que, después de revisada la actuación, esa Corporación profirió fallo de segundo grado el 19 de febrero de 2013, en el sentido de *condenar* al procesado por la comisión de los punibles de *acceso y actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado*, por lo cual le impuso una pena privativa de la libertad equivalente a veintidós (22) años de prisión, sin posibilidad de disfrutar de subrogados penales o beneficios administrativos, de conformidad con la prohibición expresa contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

3. A continuación, el Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, después de resumir brevemente el trámite surtido al interior del proceso penal referido en el escrito inicial, precisó que, el 5 de septiembre de 2011, profirió fallo *absolutorio* a favor de *Jorge Andrés García Núñez*. Tal decisión fue *apelada* por la Fiscalía General de la Nación y fue posteriormente *revocada* por la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad; Corporación que, en providencia del 19 de febrero de 2013, decidió *condenar* al procesado a veintidós (22) años de prisión, tras haberlo encontrado responsable por la comisión de los delitos

de acceso y actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

4. Seguidamente, la Fiscalía 255 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales de la Dirección Seccional de Fiscalías de esta ciudad, explicó que el proceso al interior del cual fue *condenado* el señor *Jorge Andrés García Núñez* ya se encuentra cerrado por sentencia condenatoria ejecutoriada y que el mismo se refirió al abuso sexual cometido por el procesado en contra de su hija M.Y.G.G. Relató que el afectado inicialmente fue *absuelto* en primera instancia, pero que después de *condenado* en segundo grado, por lo que se le impuso una pena de veintidós (22) años de prisión.

5. Por su parte, la titular de la Procuraduría 24 Judicial II Penal de Bogotá afirmó que asumió su cargo con posterioridad a la realización del juicio oral mencionada en la demanda de tutela y, por consiguiente, desconoce los pormenores de aquel trámite judicial. Sin embargo, resumió el devenir del trámite adelantado y resaltó que el procesado fue *absuelto* en primera instancia y *condenado* en segunda. Añadió que, en cualquier caso, y respecto de esta acción constitucional, es evidente que esta resulta ser *improcedente*, toda vez que en contra del pronunciamiento judicial ordinario atacado no se presentó el recurso extraordinario de *casación*, lo que implica que la demanda de amparo desconoce el principio de *subsidiariedad*.

6. Por último, el abogado *Gustavo Zuluaga Consuegra*, que actuó a título de *defensor público* de *Jorge Andrés García*

Núñez, alegó que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá erró a la hora de condenar a su representado, pues desconoció la valoración probatoria que había sido acogida en primera instancia como fundamento para *absolver* al procesado de los cargos formulados en su contra. Consideró que, en aplicación del principio de *favorabilidad*, debería permitirse la aplicación del derecho a la *doble conformidad* en el caso que es puesto de presente por LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el Decreto 333 de 2021, la Sala es competente para resolver la demanda de amparo formulada por LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ, en tanto involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover la acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, si existe, cuando se utiliza como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Vistos los antecedentes que obran al interior del presente proceso de tutela, considera la Sala que debe entrar

a determinar, en primera medida, si en el presente caso se cumplen con los presupuestos *formales* que permitirían entrar a realizar una valoración sobre el *fondo* de los argumentos señalados en la acción constitucional que ahora se estudia.

4. Descendiendo de una vez al caso concreto, desde ahora anuncia la Sala que el amparo invocado será *negado por improcedente*, en atención a las siguientes razones:

4.1. En punto de la resolución del problema jurídico previamente propuesto, lo primero que debe indicarse es que, al margen de la discusión que pueda presentarse en torno de la *legitimación en la causa por activa*¹ e, incluso, flexibilizando el requisito de la *inmediatez*², lo cierto es que esta acción no puede ser estudiada de *fondo* por faltar al presupuesto de la *subsidiariedad*, que se encuentra consagrado en los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, en la medida en que, en contra de la sentencia ordinaria atacada, proferida el 19 de febrero de 2013, no se presentó el recurso extraordinario de *casación* o la acción de *revisión*, lo que significa que, en su contra, no se ejercieron todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial previstos en la legislación procesal aplicable.

4.2. Al respecto, es preciso recordar que, de conformidad con las normas previamente citadas, la acción

¹ Máxime cuando podría argumentarse que, en este caso, es posible *flexibilizar* el rigor de tal requisito de procedencia, bajo la consideración de que, con esta acción constitucional, el extremo activo pretende el amparo de su propio derecho fundamental a la *familia*, pues alega que la privación de la libertad de su padre lo privó a él de la posibilidad de crecer con una figura paterna.

² Debido a que *Jorge Andrés García Núñez* aún se encuentra privado de su libertad por cuenta del procedimiento judicial acusado.

de tutela “**sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”³ (negrillas fuera del texto original). Así las cosas, la omisión en el ejercicio del recurso extraordinario de *casación* o de la acción de *revisión* implica, necesariamente, que la presente acción constitucional debe ser declarada *improcedente*, si con ella se pretende la revisión de una condena en segunda instancia que se encuentra ejecutoriada desde el año 2013. Lo anterior, además, con la finalidad de evitar que este tipo de acciones constitucionales excepcionales sean utilizadas como mecanismo para soslayar los medios de impugnación ordinarios, o como instrumento para recuperar oportunidades procesales perdidas. También, es preciso recordar que, en cualquier caso, la acción de tutela nunca puede ser utilizada como si se tratara de una tercera o cuarta instancia al interior del procedimiento ordinario.

4.3. Por su parte, en lo que tiene que ver con el derecho a la *doble conformidad* que invoca el antiguo defensor público de *Jorge Andrés García Núñez*, es claro que tal prerrogativa no puede ser reconocida pues, de conformidad con lo previsto en la sentencia SU-146 de 2020 y en atención a la interpretación dada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto AP2118-2020, sólo se permitirá la presentación de la *impugnación especial* para los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados, por primera vez en segunda instancia, a partir del **30 de enero de 2014**, siempre y cuando se cumplan una serie de reglas previstas en la jurisprudencia ordinaria⁴,

³ Inciso 3° del artículo 86 de la Constitución.

⁴ Al respecto, ver AP2118-2020, rad. 34017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

entre las que se encuentra haber presentado el recurso extraordinario de *casación*.

4.4. Por último, en lo que tiene que ver con el *perjuicio irremediable*, debe decir la Sala que, en vista del tiempo que lleva privado de su libertad el señor *Jorge Andrés García Núñez* sin que se hubiera visto afectado el derecho fundamental al *mínimo vital* de LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ, y visto que él ya no es una persona menor de edad, es evidente que en este caso ya no se encuentra amenazada la garantía constitucional previamente mencionada, ni el derecho fundamental de los niños a tener una *familia*. Por ello, no es posible concluir que sobre las prerrogativas *iusfundamentales* invocadas se cierna un perjuicio *cierto, grave e inminente*, que requiera la necesaria adopción de medidas *urgentes e impostergables*, al tenor de las subreglas fijadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

5. Las razones anteriores son suficientes para explicar las razones por las que no es posible entrar a pronunciarse sobre el *fondo* de la sentencia que *condenó* a *Jorge Andrés García Núñez*. Inocente o no, lo cierto es que sobre esta persona pesa una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que se fundó en un análisis probatorio y normativo que en su momento fue considerado como válido. De haber sido considerada ilegal, se debió haber presentado el recurso extraordinario de *casación*, o la acción de *revisión*, de manera que la Sala de Casación Penal, en el escenario judicial ordinario y adecuado, hubiera podido revisar la justicia del asunto. Ante ello, lo que le resta por hacer a LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ es, simplemente, esperar a que su padre cumpla la condena que le fue impuesta, pues el debate

judicial sobre su responsabilidad ya se encuentra finiquitado, pues cuenta con una providencia judicial sobre la que pesa el fenómeno de la *cosa juzgada*.

Corolario de lo anterior, se *negará*, por improcedente, la protección invocada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

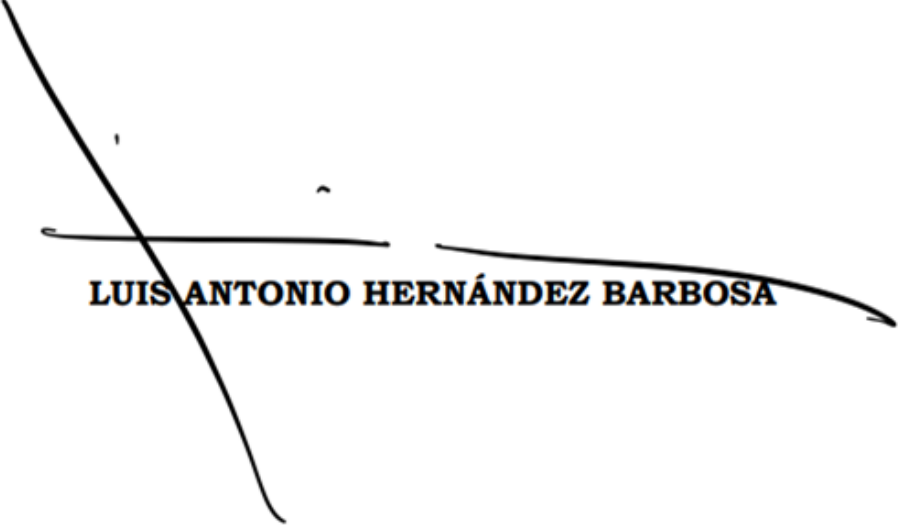
1. NEGAR, por improcedente, el amparo solicitado por LUIS FERNANDO GARCÍA NÚÑEZ, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la Regional Bogotá de la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría 24 Judicial II Penal de esta ciudad y la Fiscalía 225 Seccional de Bogotá, de acuerdo con las razones anotadas en precedencia.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. De no ser impugnada esta determinación, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO QUINTERO BERNATE


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria