



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP11456-2023

Tutela de 1ª instancia No. 131636

Acta No. 150

Bogotá D. C., ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Se resuelve la acción de tutela instaurada por **LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ** contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y “*principio de legalidad*”.

Fueron vinculados, como terceros con interés legítimo, la Fiscalía 42° Seccional, el Juzgado 16° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el Juzgado 24° Penal Municipal con Función de Control de Garantías, todos de Cali, y las demás autoridades, partes e intervinientes en el proceso penal No. 76001699-165-2018-13625-00.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ promovió acción de tutela con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y “*principio de legalidad*”, presuntamente vulnerados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, con base en los siguientes hechos:

1.1. El 4 de febrero de 2021, la Fiscalía 42° Seccional de Cali formuló imputación en contra de CUERVO HERNÁNDEZ ante el Juzgado 24° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali. El 30 de agosto de 2021, el ente acusador radicó escrito de acusación que correspondió conocer al Juzgado 16° Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

1.2. El 16 de diciembre de 2021, fecha en la cual se pretendía llevar a cabo audiencia de formulación de acusación, se varió el sentido de la audiencia y se socializó un preacuerdo que suscribió con la fiscalía, consistente en degradar, en los delitos de fraude procesal y obtención de documento público falso, la participación de la conducta de autor a cómplice, únicamente para fines punitivos, acordando una pena de 40 meses de prisión y multa de 100 SMLMV.

1.3. El juzgado de conocimiento, en la misma fecha, aprobó el preacuerdo y anunció sentido de fallo de carácter condenatorio por la comisión de los delitos de fraude procesal en concurso con obtención de documento público falso. Le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de 40 meses.

1.4. Frente a dicha decisión, la apoderada de víctimas interpuso recurso de apelación, pues manifestó que la rebaja otorgada era desproporcionada teniendo en cuenta el momento procesal en que el procesado había aceptado los cargos.

1.5. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante decisión del 19 de septiembre de 2022, decretó la nulidad del trámite adelantado desde la expedición del auto del 16 de diciembre de 2021, que aprobó el mencionado preacuerdo, por considerar que la pena acordada vulneraba lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 906 de 2004.

Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, *“el mandato del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando se celebran preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado durante el momento procesal comprendido desde la presentación de la acusación (entendiendo por ésta la etapa correspondiente a la radicación del respectivo escrito) y, hasta el momento en que el acusado es interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el beneficio que puede obtener el procesado consiste en la reducción de la pena en una tercera parte”*.

Conforme con lo anterior, refirió que como la pena mínima del delito más grave, esto es, el fraude procesal, presentaba como extremos punitivos 6 a 12 años de prisión, la pena mínima a imponer sería de 48 meses, eso sin tener en cuenta el otro tanto que correspondería adicionar por el delito de obtención de

documento público falso, por lo que, en su concepto, el beneficio concedido al acusado se tornaba desproporcional.

1.6. Con dicha interpretación, el accionante considera que la actuación del Tribunal accionado incurre en vía de hecho que vulnera sus derechos fundamentales, por cuanto aquella autoridad no tuvo en cuenta que, desde el momento en que se hizo la audiencia de formulación de imputación hasta el momento en que se verbalizó el preacuerdo, la Fiscalía no desarrolló actividad alguna de investigación tendiente a fortalecer la hipótesis de responsabilidad en su contra, pues los elementos materiales probatorios presentados fueron los mismos que sirvieron para realizar la imputación.

Además, destaca que de acuerdo con lo consignado en el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, la acusación se entiende presentada no con la radicación del escrito de acusación, sino con la realización del trámite consignado en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, *“dado que la formulación de acusación se materializa una vez las partes intervinientes expresan oralmente causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y las observaciones sobre el escrito de acusación”*.

1.7. Por lo anterior, solicita se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se revoque la nulidad decretada el 19 de septiembre de 2022 por la autoridad accionada y se deje en firme la decisión proferida por el Juzgado 16° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

Por auto del 28 de junio de 2023, esta Sala avocó conocimiento de la acción y ordenó correr traslado de la misma a la autoridad accionada y demás vinculadas. Se rindieron los siguientes informes:

1. La **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali** informa que el asunto penal seguido en contra del accionante le fue asignado el 28 de enero de 2022, para conocer de la apelación presentada por las víctimas en contra de la sentencia de primera instancia. Precisa que emitió decisión de fondo y declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto que aprobó el preacuerdo realizado por el accionante y la Fiscalía General de la Nación.

Refiere que las razones para decretar la nulidad se encuentran consignadas en la respectiva decisión, la cual respeta el precedente fijado por la Corte Constitucional y esta Corporación, por lo que solicita negar la acción de tutela presentada en su contra.

2. El **Juzgado 16° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali** aduce que, el 30 de agosto de 2021, le correspondió conocer la fase de juzgamiento del proceso penal adelantado en contra de LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ.

Destaca que, el 16 de diciembre de 2021, en virtud del preacuerdo, profirió sentencia en contra del procesado por la comisión de los delitos de fraude procesal en concurso con obtención de documento público falso, en donde fue condenado

a las penas de 40 meses de prisión y multa de 100 SMLMV y se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Refiere que dicha decisión fue apelada y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante decisión del 19 de septiembre de 2022, declaró la nulidad del trámite adelantado en el asunto desde el auto que aprobó el preacuerdo celebrado por las partes.

Aduce que el 17 de enero de 2023, el proceso regresó al despacho para continuar con el trámite ordinario, fecha desde la cual no se ha podido realizar la audiencia de formulación de acusación, la cual, para ese momento, se encontraba programada para el 31 de junio del año en curso.

Considera que con su actuación no se ha incurrido en vulneración a los derechos fundamentales del accionante y, como el cuestionamiento se dirige en contra de la decisión de su superior jerárquico, se abstiene de realizar pronunciamiento alguno al respecto.

3. El **Juzgado 24 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali** confirma haber realizado audiencia preliminar de imputación adelantada en contra del accionante, el 4 de febrero de 2021. Indica que realizada tal diligencia, remitió el proceso ante el Centro de Servicios Judiciales para que siguiera su curso normal.

Señala que los hechos anunciados en el escrito de tutela no le constan y no ha incurrido en vulneración de derecho fundamental alguno del accionante.

4. El **Procurador 70 Judicial II Penal de Cali** solicita la desvinculación de la presente acción constitucional, puesto que, para el día 16 de diciembre del 2021, no asistió a la audiencia de verificación de preacuerdo que se llevó a cabo en el proceso que se adelanta contra el señor LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ, excluyendo con ello cualquier interés legal para intervenir.

5. La apoderada de víctimas dentro de la investigación penal adelantada en contra del accionante, advierte que la decisión que se cuestiona fue tomada desde septiembre de 2022, es decir, a la fecha han transcurrido 9 meses. Adicionalmente, frente a la misma, el accionante no interpuso recurso de reposición, por lo que esta se encuentra en firme.

Destaca que, desde ese momento, el accionante, por intermedio de su apoderado, ha venido torpedeando la realización de las audiencias programadas para continuar con el trámite ordinario del proceso penal, señalando que la audiencia de formulación de acusación se encuentra programada para el 31 de julio de 2023.

Considera que la providencia atacada no presenta vía de hecho alguno, ni ha menoscabado derecho fundamental del accionante, por el contrario, dentro de la actuación se le han respetado y garantizado sus derechos a la defensa, contradicción y debido proceso.

Cree que con el actuar del accionante lo que se pretende es continuar dilatando la actuación penal, pretendiendo controvertir una decisión legal y que está sustentada en el precedente de esta Corporación.

Finalmente, destaca que la actuación penal se encuentra en curso, en la cual el accionante dispone de todos los mecanismos para ejercer sus derechos a la defensa y contradicción, por lo que solicita se declare la improcedencia de la acción constitucional.

6. El **Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados Penales Municipales y del Circuito de Cali** realiza un recuento de las actuaciones surtidas en el proceso penal adelantado en contra de CUERVO HERNÁNDEZ. Allega los soportes de las anotaciones realizadas en el referido proceso penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo señalado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo establecido en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, esta Sala es competente para resolver en primera instancia la presente acción de tutela, por cuanto involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Problema jurídico

Establecer si la acción propuesta por LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ cumple los requisitos genéricos de procedibilidad contra la decisión del 19 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que decretó la nulidad de lo actuado desde la expedición del auto que aprobó el preacuerdo en el proceso penal.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares (artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991).

2. Cuando esta acción se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la SU-215 de 2022, es decir, que *i)* se acredite la legitimación en la causa, *ii)* la providencia cuestionada no sea un fallo de tutela -excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude-¹, “*ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado*”², *iii)* cumpla las exigencias de subsidiariedad e inmediatez, *iv)* identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados y la discusión haya sido planteada dentro del proceso judicial.

Además, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada 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 (SU-215/2022, C-590/05 y T-332/06).

¹ La única excepción a esta regla tiene que ver con la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta y el principio del fraude todo lo corrompe. Al respecto ver, entre otras, las Sentencias: T-218 de 2012 y T-373 de 2014 M.P.

² Ver: Sentencia SU-074 de 2022.

3. En el caso estudiado, el accionante reprocha el proveído de 19 de septiembre de 2022 proferido por el Tribunal Superior de Cali, por medio del cual decretó la nulidad de la actuación penal adelantada en su contra, desde el momento en que el juzgado de primera instancia aprobó el preacuerdo que suscribió con la fiscalía.

4. Conforme a los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, en este asunto, se observa que se cumple con la legitimidad en la causa por activa y por pasiva, el asunto tiene relevancia constitucional como quiera que se alega la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia y la providencia cuestionada no es un fallo de tutela.

5. En relación con el siguiente requisito de procedibilidad general, referido a promoverse en un término razonable, se advierte que la decisión atacada fue proferida, el 19 de septiembre de 2022, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mientras que la presentación de la acción de tutela se dio el 23 de junio de 2023. Es decir, que el amparo de los derechos que se consideran vulnerados se reclama cuando ha transcurrido un lapso más de 9 meses desde que la parte actora tuvo conocimiento de la emisión de la providencia, lo que permite advertir que no se satisface el requisito de inmediatez.

6. Además, en lo atinente al requisito genérico de subsidiariedad (que exige el agotamiento de todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial que la persona afectada tiene a su alcance), y el haber planteado al interior del proceso la problemática objeto de tutela, tampoco se satisface.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la residualidad 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 disponibles³.

En virtud de ese presupuesto debe el juez de tutela, verificar si el accionante al momento de la interposición de la acción había agotado todos los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios de defensa judicial con los que contaba para la defensa de sus derechos, so pena de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo y correr el riesgo de *“vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”* (C.C. Sentencia C-590/2005).

Desde esa perspectiva, la demanda de tutela promovida por LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ no procede, en tanto, respecto de la decisión que ataca, no hizo uso del recurso ordinario de ley, esto es, no interpuso el recurso de reposición.

Esto se establece con el registro de la audiencia de lectura celebrada el 19 de septiembre de 2022, en donde el Tribunal señaló la procedencia de ese medio de impugnación y el apoderado del accionante, luego de un receso de 10 minutos, decidió no presentarlo e indicó, *“no señoría, no vamos a interponer ningún tipo de recurso de reposición pues ya compareceremos ante*

³ Corte Constitucional T-103/2014.

el respectivo juzgado a hacerle el control de legalidad al preacuerdo”.

Además, es importante mencionar que la actuación seguida en contra del accionante se encuentra en curso y esa realidad permite establecer que los presupuestos requeridos para superar las limitantes del principio de subsidiariedad no se cumplen, en atención a que, al estar el proceso penal en trámite, es al interior del mismo que deben agotarse las discusiones relacionadas con el cumplimiento de las exigencias para la aprobación del preacuerdo, a través de los mecanismos de defensa que se establecen en las distintas fases del proceso.

Es más, el accionante y la Fiscalía pueden presentar un nuevo preacuerdo, acreditando el cumplimiento de las exigencias legales, en aras de lograr un nuevo pronunciamiento por parte del Juzgado 16º Penal del Circuito de Cali.

También impera recordar que la sola inconformidad con la decisión cuestionada no viabiliza la intervención del juez constitucional, a quien le está vedado interferir en asuntos competencia de los jueces ordinarios, salvo cuando sea evidente o flagrante la existencia de una vía de hecho, situación que no se advierte en la decisión examinada.

Por último, no se evidencia la posible estructuración de un perjuicio irremediable que justifique la intervención del juez constitucional por vía transitoria, pues no aparecen acreditados los supuestos de hecho necesarios para su actualización, en los términos requeridos por la doctrina de la Corte Constitucional (Sentencia T- 309 de 2010, entre otras).

7. Basten las anteriores consideraciones para declarar improcedente la acción de tutela presentada por LUIS EDUARDO CUERVO HERNÁNDEZ en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

En mérito de 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,

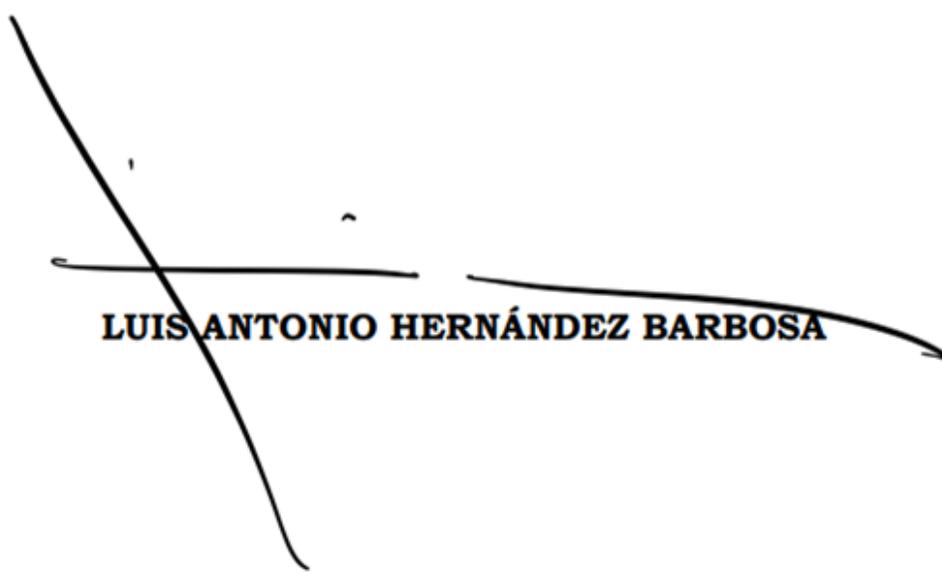
RESUELVE:

1. **Declarar improcedente** el amparo invocado.
2. **Notificar** este proveído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. De no ser impugnada esta sentencia, **envíese** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023