



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

STP11788-2023

Radicación n.º 133621

Acta No. 195

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. VISTOS

Resuelve la Sala la demanda de tutela interpuesta por **JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS**, contra la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**, los **JUZGADOS SÉPTIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO** y **PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**, el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC-**, los **CENTROS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD** y **JUDICIALES**, todos de la ciudad de **CÚCUTA**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Fueron vinculados al presente trámite las demás partes e intervinientes dentro del proceso penal con radicado CUI: 54001-60-00727-2020-00017-00 y los Juzgados que actuaron como control de garantías dentro del mismo asunto penal.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda de tutela y anexos se extrae que contra JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS, se adelantó el proceso No. 54001-60-00727-2020-00017-00, por la comisión de los delitos de *extorsión agravada consumada, en concurso heterogéneo con extorsión agravada en grado de tentativa, en concurso de conductas punibles*; actuación en la que el 10 de mayo de 2021, suscribió preacuerdo, el cual se verificó en audiencia del 19 de julio de 2021, por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cúcuta.

Mediante sentencia del 31 de marzo de 2022, el aludido despacho judicial, impuso a FERNÁNDEZ CÁRDENAS, entre otros, 39 meses de prisión y multa de 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal.

Manifestó el accionante que contra la anterior decisión presentó apelación, que el 22 de marzo del año en curso, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cúcuta, confirmó la sentencia de primera instancia, por lo que cobró ejecutoria el 10 de abril siguiente.

Refirió que, la decisión de segunda no le fue comunicada y su defensor tampoco le enteró de dicho fallo y por tal razón no fue posible interponer el recurso extraordinario de casación, viendo así afectados sus derechos fundamentales al debido proceso y «*notificación*».

De otro lado, informó que el 15 de mayo de 2023 fue capturado y durante cinco (5) días estuvo detenido en un calabozo «*en espera que se librara la orden de encarcelamiento o presentación a un juez de control de garantías y legalizar la captura*».

Afirmó que el 16 de mayo siguiente, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta, emitió la orden de encarcelamiento No. 0025 de la misma fecha, pese a que el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de la ciudad, dispuso la captura y no fue presentado ante Juez de Control de Garantías, para la legalización de la aprehensión.

Por lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales invocados y como consecuencia de ello, que se ordene: *i)* la notificación del fallo de segunda instancia y así poder interponer el recurso extraordinario de casación; *ii)* decretar la nulidad de la orden de captura por la cual está privado de la libertad y, *iii)* se conceda su libertad inmediata por vencimiento de términos.

III. TRÁMITE Y RESPUESTAS DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADOS

1. Mediante auto del 5 de octubre de 2023, esta Sala avocó el conocimiento de la demanda y ordenó correr traslado a las accionadas y demás vinculados, a efectos de garantizar sus derechos de defensa y contradicción.

2. Un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta realizó un recuento de las actuaciones surtidas dentro del proceso penal 54001-60-00727-2020-00017-00 y reseñó que:

Atendiendo la información que reposaba en el expediente y contentiva de la ficha técnica diligenciada y remitida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de la ciudad, inclusive, con oficio N° TSC-SP-SRIA-1183-2023 de fecha 27 de marzo de 2023, la Secretaría de la Sala no sólo notificó a las partes e intervinientes la sentencia de segundo grado, sino que también les comunicó el conteo de los términos en caso de recurrir en casación.

El medio utilizado por la Secretaría para efectuar dicho trámite, en el caso del señor José Antonio Fernández Cárdenas, fue vía WhatsApp al número, como ya se indicó, registrado en la ficha técnica de información, que corresponde al abonado 313 390 2531.

El término para presentar recurso extraordinario de casación venció en silencio, cobrando así ejecutoria la sentencia de segunda instancia en fecha 11 de abril de 2023; firmeza de la que igualmente la Secretaría de la Sala comunicó a las partes e intervinientes del proceso, con oficio N° TSC-SP-SRIA-1486-2023 del 18 de abril de 2023, siendo así devuelto el expediente al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad, para que posteriormente fuese remitido a los Juzgados de Ejecución

de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto), para lo de su cargo.

Sobre el citado asunto, se advierte que el señor José Antonio Fernández Cárdenas interpuso recientemente una acción constitucional de Habeas Corpus conocida por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras de esta Corporación M.P. Amanda Janeth Sánchez Tocora bajo Radicado N° 54001-22-21-000-2023-00049-00, asunto al que se vinculó esta Sala e igualmente se procedió a informar lo pertinente al trámite de notificación. Se conoció que fue declarada improcedente sin que contra tal decisión se interpusiera recurso alguno.

3. El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cúcuta, igualmente realizó una exposición detallada de los trámites surtidos dentro del proceso en cita y concluyó que:

“...El día 18 de abril de 2023, procede el Despacho a resolver sobre la situación jurídica de JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS, en relación a la libertad que en ese momento estaba disfrutando por vencimiento de términos, para lo cual resolvió. “...Primero: Se ordena a través del centro de servicios judiciales del Sistema Penal Acusatorio se libere la orden de captura en contra de JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS y cumpla con la pena que le fue impuesta ante el Complejo Carcelario y Penitenciario...” la cual fue notificada el día 19 de abril de 2023 a las partes dentro del presente proceso, la decisión asumida por este Despacho.

*Por último, el día 26 de abril de 2023, se remitió al Centro de Servicios del sistema Penal Acusatorio, la carpeta Radicado: 54001-600-07272-2020- 00017 NI. 2020-1633, a fin de enviarla al Centro Administrativo de ejecución de penas y Medidas de Seguridad.
(...)”*

Con fundamento en lo anterior, expuso que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de FERNÁNDEZ CÁRDENAS.

4. El Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta manifestó que:

“...Verificado el sistema manejado por el Centro de Servicios Judiciales, se observa que en efecto correspondió previo reparto efectuado por esa dependencia, de las solicitudes de audiencia de preliminares de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e imposición de medida de aseguramiento dentro del Radicado 54001-60-00727-2020-00017 NI: 2020-1633, siendo uno de los procesados el señor JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS.

La audiencia en mención fue llevada a cabo por este Despacho judicial –según acta adjunta- el día 1 de Julio de 2020, en la cual se legalizó captura, la formuló cargos contra el sindicado y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario sin que fuera objeto de recurso alguno por las partes la decisión. (Se adjunta boleta de encarcelación)

Consultadas otras actuaciones que le figuran al procesado se observa la radicación 540016106079201580091 NI° 2015-1625, en la cual este Despacho Judicial realizó algunas actuaciones, por lo que se adjunta histórico del proceso para su conocimiento. Cabe agregar que se resolvió por el H. Tribunal Superior en sentencia del 13 de noviembre de 2018, REVOCAR el numeral 2° de la decisión de origen sobre los delitos HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR, absolviendo el procesado JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS de concurso atribuidos de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR. Se CONFIRMÓ el numeral 1° de esa decisión, quedando en firme la determinación. ORDENÓ la libertad inmediata.

En relación con el proceso 540016100000201500138 NI 2017- 2821, se observa que para el 18 de Julio de 2017, este Despacho Judicial no accedió a la prórroga de medida de aseguramiento conforme se demuestra en anexo a la presente...”

5. Los demás vinculados guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. 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 333 de 2021, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela interpuesta contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, entre otros.

2. La doctrina constitucional ha sido clara y enfática en señalar que cuando se trata de providencias judiciales, la acción de tutela solamente resulta procedente de manera excepcional, pues como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, acudiendo para ello a los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha venido decantando el alcance de tal postulado, dando paso a la procedencia de la acción de tutela cuando se trate de actuaciones que carezcan de motivación o fundamento objetivo, contrariando su voluntad para hacer imperar la arbitrariedad y el capricho del funcionario, o resulten manifiestamente ilegales, de ahí que, por excepción se permitirá que el juez de tutela pueda intervenir en orden a hacer cesar los efectos nocivos que la causal especial de

procedibilidad detectada puede ocasionar en relación con los derechos fundamentales.

En esta oportunidad, debe reiterar la Sala que cuando la tutela pretende la protección de un derecho fundamental presuntamente vulnerado por una providencia judicial, su procedencia no es excepcional, sino excepcionalísima, pues corre el demandante con la carga de demostrar la presencia de una o varias de las causales de procedibilidad que esta Corporación ha venido acogiendo, en posición compartida con la Corte Constitucional¹.

Al respecto ha decantado la jurisprudencia, que se incurre en vía de hecho cuando, (i), la decisión que se reprocha se funda en una norma absolutamente inaplicable (defecto sustantivo); (ii), resulta manifiesto que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (iii), el funcionario carece de competencia para proferir la decisión (defecto orgánico); y, (iv), el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental).

3. El problema jurídico que convoca a la Sala en esta oportunidad consiste en determinar si la solicitud de amparo interpuesta por JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS, contra las actuaciones surtidas por las autoridades

¹ Corporación que en la sentencia CC T-780/06 señaló: «*La eventual procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y otras providencias que pongan fin al proceso tiene connotación de **excepcionalísima**, lo cual significa que procede **siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos muy estrictos que la jurisprudencia se ha encargado de especificar***» (Negrillas fuera del original).

accionadas al interior del proceso penal CUI: 54001-60-00727-2020-00017-00, cumple con los requisitos generales necesarios para su procedencia.

Al examinar las pruebas obrantes en el expediente, la Sala puede concluir que la presente acción constitucional debe ser declarada improcedente, comoquiera que no cumple a cabalidad con los precitados requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Al respecto, se tiene que:

i) Las audiencias preliminares, se adelantaron el 1º de julio de 2020 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de la ciudad de Cúcuta.

ii) Presentado el escrito de acusación, el proceso se asignó al Juzgado Séptimo Penal Municipal Con Función de Conocimiento de Cúcuta, autoridad ante la cual, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS suscribió preacuerdo con la Fiscalía, el cual fue aprobado.

iii) El 31 de marzo de 2022 se emitió sentencia condenaría imponiéndole a JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS una pena previamente pactada de 39 meses de prisión y multa de 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se le negaron los mecanismos sustitutivos de la

pena privativa de la libertad, por la comisión de los delitos ya referidos.

iv) Contra la anterior sentencia el apoderado de FERNÁNDEZ CÁRDENAS instauró el recurso de apelación.

v) Las diligencias fueron remitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que en fallo de segunda instancia del 22 de marzo de 2023, confirmó parcialmente la providencia recurrida.

vi) Con el fin de notificar dicha determinación, se envió comunicación por el medio más expedito con el que se contaba a JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS y a su defensor (vía WhatsApp al número, como ya se indicó, registrado en la ficha técnica de información, que corresponde al abonado 313 390 2531) y a su defensor a través del correo electrónico jorgeramirez1906@gmail.com.

vii) Contra la sentencia en cita, no se instauró el recurso extraordinario de casación, por lo que la providencia cobró ejecutoria el 11 de abril de 2023.

En ese orden, se avizora que la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad o, en otras palabras, “*que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada*”, pues el accionante no agotó el mecanismo idóneo de defensa para discutir el derecho vulnerado, esto es, el recurso

extraordinario de casación en contra de la decisión de segunda instancia atacada.

Sobre el particular, en sentencia T-108 de 2003, el Alto Tribunal Constitucional afirmó:

El recurso extraordinario de casación constituye un requisito de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, pues al menos debe haberse intentado su ejercicio antes de acudir al mecanismo excepcional previsto en el artículo 86 Superior. De lo contrario la acción de tutela se convertiría en una vía alterna para la resolución de las controversias y se desvanecería con ello su carácter subsidiario y residual. El peticionario ni siquiera intentó hacer uso del mencionado recurso para cuestionar la providencia (...) omisión que no puede suplirse ahora mediante la presentación de la acción de tutela, pues como fue explicado ella no constituye una tercera vía o una instancia para reabrir debates concluidos, ni una forma de enmendar insuficiencias en la gestión de los asuntos propios. (Resaltado fuera del texto original).

Además, respecto a la falta de notificación que alega el demandante, debe indicar la Sala que al revisar los documentos aportados al expediente tutelar, se puede constatar que se le envió al número de teléfono que obra en todo el expediente como contacto, el fallo objeto de controversia, así como se le informó el término para instaurar el recurso extraordinario de casación y lo propio se hizo con su defensor a través de correo electrónico.

De manera que, no puede pretender JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS acudir a la acción de tutela para cubrir su imprevisión al no permitir que el máximo Tribunal

de la jurisdicción ordinaria penal conociera los aspectos que trae ahora a la vía de tutela.

Tal situación no puede avalarse en la vía constitucional, instituida para la protección de los derechos fundamentales y no, como una tercera instancia mediante la cual se revivan etapas ya fenecidas y en las que finalmente no se hace uso de los mecanismos que las leyes ordinarias disponen para la controversia de providencias judiciales.

Entonces, si fue el hoy accionante el que incumplió con la carga procesal que le correspondía, mal puede por este medio criticar su propia actuación, pues al respecto ha sido enfática la jurisprudencia nacional en señalar que «(...)las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso(...)»².

En lo relacionado con el derecho de defensa, ha dicho la Sala que es deber del censor no sólo criticar la gestión adelantada por su representante judicial, sino que también tiene el deber de enseñar como otra hubiese sido su suerte de haberse variado la estrategia defensiva.

Sobre la formulación de este tipo de planteamientos en sede de tutela, ha señalado esta Corporación:

² C.C. C-279/13.

*En el presente caso el fallo objeto de impugnación merece ser confirmado, pues como ahí se dijo, la demanda se quedó corta en la prueba de **trascendencia** de la supuesta falta de defensa técnica que en ella se planteó. Recuerda la Sala que cuando se habla de probar la **trascendencia** de este vicio, lo que se propone es la observancia objetiva del proceso penal, las pruebas practicadas, las providencias que en su curso se dictaron, para, a partir de tales elementos ónticos y concretos, establecer que, mediante la ejecución de un acto de defensa especial o una estrategia defensiva diferente, otra hubiese sido la suerte del encartado. Ahora bien, esa tarea está a cargo del demandante. Recordemos que la decisión judicial en firme, constituye una expresión de la judicatura que se presume **legal y acertada**, razón por la cual, **quien denuncia lo contrario, debe probarlo**.*

En conclusión, el demandante incurrió en profundas deficiencias al momento de plantear su demanda, pues se conformó sólo con denunciar la falta de defensa técnica desde una óptica pasiva, omitiendo demostrar qué consecuencias tendría otra estrategia defensiva ejecutada activamente. (Negrilla fuera de texto).

En ese contexto, por ejemplo, que no se agotó determinado recurso o que no se realizó tal acto procesal – en este caso, que no se instauró el recurso extraordinario de casación -, no afecta de manera contundente la totalidad de la estructura procesal, ni determina que la gestión adelantada por el defensor designado hubiese sido deficiente, máxime que dentro del proceso penal, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS conocía los términos del preacuerdo aprobado y no presentó objeción alguna sobre la labor desempeñada por su defensor.

De otro lado, frente a la inconformidad del accionante relativa a que no fue presentado ante un Juez de Control de Garantías para legalización de la captura, debe indicar la Sala que:

i) Ejecutoriado el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, regresó el expediente al Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de la misma capital y el 18 de abril de 2023, procede a resolver sobre la situación jurídica de JOSE ANTONIO FERNANDEZ CARDENAS, en relación a la libertad que en ese momento estaba disfrutando por vencimiento de términos, para lo cual resolvió. *“...Primero: Se ordena a través del centro de servicios judiciales del Sistema Penal Acusatorio se libre la orden de captura en contra de JOSE ANTONIO FERNANDEZ CARDENAS y cumpla con la pana que le fue impuesta ante el Complejo Carcelario y Penitenciario...”* la cual fue notificada el día 19 de abril de 2023 a las partes dentro del proceso en referencia.

ii) El día 26 de abril siguiente, se remitió al Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio, la carpeta Radicado: 54001-600-07272-2020- 00017 NI. 2020-1633, a fin de que enviara al Centro Administrativo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del mismo distrito judicial, correspondiendo el conocimiento al Juzgado el Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad en mansión.

iii) Estando ya el expediente en despacho del juez ejecutor, el 15 de mayo de 2023, fue capturado JOSE ANTONIO FERNANDEZ CARDENAS, enterado el despacho de dicha aprehensión procedió a librar la orden de encarcelamiento correspondiente el 16 de mayo del año en curso.

Al respecto se dijo en AHP775-2019 del 1° de marzo de 2019- Radicado N° 54796 que:

... en eventos en los cuales se captura a una persona para cumplir una sentencia, debe ser puesta a disposición del Juez de Conocimiento si ello ocurre en días y horas hábiles, de lo contrario será el Juez con Función de Control de Garantías quien realice la verificación del cumplimiento de las garantías del capturado y dispondrá la presentación personal ante el Juez de Conocimiento, sin que sea necesario el desarrollo de una audiencia.

En el caso en estudio, la privación de la libertad del accionante tuvo lugar para el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, siendo el Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali quien profirió la orden de captura.

Si bien el artículo 298 de la Ley 906 de 2004 dispone que el sujeto capturado debe ser puesto a disposición del Juez que profirió la sentencia, tal mandato debe comprenderse a partir de la estructura judicial del país, de suerte que resulta razonable que el control de legalidad de la captura lo realice el Juez de Conocimiento cuando aún no ha cobrado ejecutoria la sentencia, pero en los eventos en que ello ha ocurrido «la competencia del asunto pasa al conocimiento del Juez de Ejecución de Penas», de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 906 de 2004.

Así, al encontrarse el proceso a disposición del Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali,

correspondía a ese despacho pronunciarse sobre la legalidad de la captura, tal como lo hizo, cumpliendo así con las finalidades constitucionales aludidas en la sentencia C-042 de 2018.

En ese orden, no se advierte irregularidad alguna, pues las autoridades accionadas actuaron de acuerdo a lo predispuesto por la ley, así que, cuando las sentencias dentro de un proceso penal cobran ejecutoria y el expediente es dejado a disposición del juez de ejecución de penas, es este quien se ha de encargar de la respectiva legalización del capturado, no el juez de garantías como equivocadamente plantea el demandante.

Luego, como se anticipó, la acción de tutela resulta improcedente frente a los aspectos planteados.

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,

V. RESUELVE:


1°. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ CÁRDENAS, por las razones expuestas.

2°. 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.

3°. 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



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

CUI 11001020400020230201300
Número interno 133621
Tutela Primera Instancia
José Antonio Fernández Cárdenas



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria