

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP4766-2018

Radicación N° 97845

Acta 114

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, dentro del asunto penal en el que se le condenó como autora del delito de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas, en actuación que vinculó al Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Facatativá y a las partes e intervinientes del citado diligenciamiento.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del escrito de tutela y de la documentación obrante en el expediente se llega al conocimiento de lo siguiente:

El 1º de noviembre de 2017, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Facatativá, condenó anticipadamente¹ a JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA a la pena de 78 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, como responsable del delito de hurto calificado y agravado -Arts.

239, 240 num. 3º inc. 2º C.P.-, en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones -Art. 365 C.P., en calidad de cómplice, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; decisión modificada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca el 15 de marzo de 2018, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en el sentido de imponerle una pena de 62 meses y 27 días de prisión, en lo demás fue confirmada.

2. Contra el proveído anterior no se interpuso el recurso extraordinario de casación habiendo alcanzado ejecutoria el 2 de abril de 2018, a las 5:00 p.m.

3. Agotado el anterior trámite, JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA promueve demanda de tutela al considerar que las citadas autoridades judiciales incurrieron en irregularidades sustanciales que afectaron sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, como quiera que adoptaron decisiones contrarias a lo pactado en el preacuerdo suscrito con la Fiscalía y debidamente aprobado.

Ello en la medida que a efectos de dosificar la pena, consideraron que ya no era el hurto calificado y agravado el delito de mayor entidad, sino el porte ilegal de armas de fuego, pues al haber indemnizado a la víctima, la pena del primer delito era menor, lo cual va en contravía de lo acordado.

Dijo que nunca firmó un preacuerdo en el que se tomara el delito de porte ilegal de armas de fuego como el de mayor punibilidad, pues de haberlo considerado de esa manera, no había indemnizado a las víctimas, ya que no tendría derecho a ninguna rebaja de pena.

De otra parte, mostró inconformidad con la decisión de negarle la prisión domiciliaria, pues cumple con los presupuestos establecidos en la Ley 750 de 2002, en tanto, es una delincuente primaria, no tiene antecedentes, lleva 16 meses privada de la libertad, además que sus hijos están abandonados.

En ese orden, requirió el amparo de sus derechos fundamentales, en consecuencia, solicitó dejar sin efectos la sentencia emitida por el Tribunal demandando, para que en su lugar, se respeten los términos del preacuerdo, esto es, se dosifique la pena considerando como delito mayor el del patrimonio económico, al cual se le deberán aplicar las rebajas máximas previstas en el artículo 269 del Código Penal, para luego si aumentar lo correspondiente a la conducta punible contra la seguridad pública.

De otra parte, se acceda a concederle la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Avocado su conocimiento, se ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionadas y vinculadas para que ejercieran el derecho de contradicción y aportaran la información pertinente, obteniéndose las siguientes respuestas.

1. La Juez 2ª Penal del Circuito de Facatativá, luego de hacer un recuento de la actuación procesal, solicitó negar el amparo invocado, ante la subsidiariedad de la acción, al tener la actora otros mecanismos de defensa, recurso extraordinario de casación.
2. La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, además de allegar copia de las decisiones censuradas, precisó que la actuación fue devuelta al juzgado de origen, como quiera que la sentencia de condena cobró ejecutoria el 2 de abril de 2018 ante lo no interposición del recurso extraordinario de casación.
3. Las demás autoridades guardaron silencio dentro de traslado concedido para el efecto.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto

1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA, al estar dirigida contra presuntas omisiones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, de quien es su superior funcional.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales 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 la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. El objeto de la demanda de tutela se centra en cuestionar la sentencia proferida el 15 de marzo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, a través de la cual modificó la emitida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Facatativá el 1º de noviembre de 2017, que condenó anticipadamente a JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA a la pena de 78 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, como responsable del delito de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; en el sentido de imponerle 62 meses y 27 días como pena de prisión; al estimar la demandante que se incurrió en irregularidades sustanciales que afectaron sus derechos fundamentales, pues se modificaron los términos del acuerdo suscrito y debidamente aprobado, y se le negó la prisión domiciliaria pese a cumplir con los presupuestos legales para ser considerada madre cabeza de familia.

4. Es conocido el criterio ampliamente divulgado por la jurisprudencia constitucional de la Sala, según el cual la acción de amparo de los derechos fundamentales, como principio

general, es improcedente contra actuaciones y decisiones judiciales, máxime cuando contra ellas se han ejercido y resuelto los recursos previstos en la ley.

Solamente se ha permitido la excepcional intervención ante la ausencia de medios de defensa para lograr el amparo, o cuando existiendo, y considerando el caso concreto, se tornan ineficaces para conseguir la real e inmediata protección, desde luego frente a determinaciones o actuaciones judiciales que puedan catalogarse como vías de hecho, que con la evolución jurisprudencial pasaron a considerarse como causales genéricas y especiales de procedibilidad (CC. T-332/06), cuyo cumplimiento, está obligado el demandante a acreditar.

Es decir, que cualquier pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela, respecto de la eventual afectación de derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional, solamente es admisible cuando se haya determinado de manera previa la configuración de dichos requisitos, lo cual implica una carga de acreditación para el actor respecto de la satisfacción de los mismos y de los supuestos fácticos y jurídicos en que se fundamenta la censura, de tal manera que resulte evidente la vulneración.

De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío 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 aquélla.

5. Bajo este panorama, a tono con el marco fáctico expuesto y de acuerdo a los elementos de prueba allegados, la Sala al verificar los presupuestos de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales detecta que la demanda incumple el requisito de subsidiariedad, como pasa a verse:

6. Como se indicara, la accionante pretende que se invalide las providencias que se vienen

de mencionar, por estimarlas vulneradoras de sus derechos fundamentales, pues desconocieron los términos del preacuerdo que suscribiera con la Fiscalía, y se le negó la prisión domiciliaria pese a cumplir los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia; no obstante, dichas situaciones bien pudieron ser debatidas en el escenario natural idóneo para el logro de sus pretensiones, esto es, en sede del extraordinario recurso de casación, lo cual no se hizo, tal como lo advirtió el Tribunal demandado, medio idóneo para la protección de sus garantías y sin cuyo agotamiento no es viable activar la acción de tutela, como insistentemente lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional.

Recientemente, en la Sentencia C-590/05 se señaló como uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales “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 irremediable². De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría 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.

Esta regla también se aplica cuando lo que se cuestiona es una providencia judicial de tipo penal. Así las cosas, se exige el agotamiento de las instancias y recursos extraordinarios dentro del proceso penal para la procedencia de la tutela. Lo anterior, puesto que la Corte ha encontrado, *prima facie*, que tales mecanismos son idóneos para la garantía del debido proceso.³(Subrayas y negrillas fuera del original).

Adviértase que según el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 el recurso de casación tiene como finalidad «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la

jurisprudencia.»

Por su parte, el numeral 3º del artículo 181 ibídem, señala que el citado mecanismo como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

[...] 2. Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

Acreditada, entonces, la posibilidad que tuvo a su alcance la procesada para poner de presente sus desavenencias a través del aludido recurso y ante la incuria cometida al respecto, el juez de tutela no puede adentrarse en el análisis de fondo del problema jurídico planteado en la demanda, en tanto para que ello sea posible constituye requisito sine qua non que la misma cumpla las precitadas condiciones de procedibilidad, pues:

[...] cuando la acción de tutela se instaura contra una decisión judicial, lo primero que se verifica es su procedencia, ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial o aunque el mecanismo exista, la acción se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.⁴-Negrillas fuera del original-

Debe advertir la Sala, que a la accionante, el 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior de Cundinamarca, al momento de darle lectura a la sentencia de segunda instancia censurada, de manera expresa le informó que contra dicha decisión procedía el recurso extraordinario de casación⁵; no obstante, se reitera, guardó silencio sobre el particular.

En coherencia con lo expuesto, para esta Sala, como de manera tan insistente lo ha venido sosteniendo, permitir que sin el agotamiento de los recursos ordinarios o extraordinario se acuda directamente a la presente acción constitucional, sería aceptar que este mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales pierda tal carácter y se convierta en general y paralelo a los mismos, lo que se opone expresamente a lo dispuesto por la [Constitución Política](#), cuando indica en su artículo 86:

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” y lo reafirma el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales.

Así las cosas, la omisión en que incurrió la demandante en la actuación censurada independientemente de las razones por las cuales no se acudió a dicho recurso, no puede ser suplida por vía de la acción de tutela que, como tantas veces se ha dicho, no puede utilizarse para desatenciones o descuidos en el ejercicio de los medios previstos por el ordenamiento jurídico regular para la protección de los derechos de las partes en los procesos.

Lo anterior implica que la demandante, voluntariamente, renunció a cuestionar por esa vía los posibles vicios de actividad o de juicio que ahora sustentan el presente amparo que no está previsto como medio de defensa alternativo.

Luego, entonces, a juicio de la Sala, el silencio que guardó la accionante, es utilizado ahora para que, estando en firme el fallo que la condenó, con el ejercicio de esta acción se revivan términos ya fenecidos, lo cual torna improcedente esta tutela, ya que, se insiste, previamente se deben agotar los recursos que el mismo procedimiento penal consagra.

7. Ahora, como quiera que la demandante pretende se revise la valoración probatoria y jurídica que efectuaron el Juzgado y la Corporación demandados para sustentar el proceso de dosificación punitiva y la negativa a la concesión de los mecanismos sustitutivos de la

pena, en especial, la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia, es menester precisar que tal situación no es posible, toda vez que estos aspectos escapan al análisis que debe efectuarse en sede de la acción de tutela, en tanto no es posible prescindir de la jurisdicción ordinaria, también instituida para salvaguardar las garantías de los sujetos procesales y que contiene los instrumentos idóneos para corregir las eventuales y presuntas irregularidades.

Si se admitiera que el juez de tutela verifique la juridicidad de los trámites, o de los supuestos desaciertos en la interpretación de las normas jurídicas por los funcionarios de instancia, no sólo se desconocerían los principios que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural, y las formas propias del juicio penal contenidos en el artículo 29 Superior.

Reitera la Corte que la acción pública no constituye un mecanismo adicional ni alternativo a los consagrados en la legislación ordinaria; por el contrario, se trata de un instrumento residual, preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales ante su menoscabo actual o una amenaza inminente por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, y en este orden de ideas, procede cuando el afectado no dispone de otro medio eficaz de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; conjunto de situaciones que en este evento no convergen.

Por lo anterior, entiende la Sala que ni el Juzgado 2º Penal del Circuito de Facatativá, ni la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca incurrieron en causal de procedibilidad de la acción constitucional, por el contrario, se observa que las decisiones adoptadas responde a la interpretación razonable y ponderada de la normatividad aplicable al caso en concreto, en tanto que la dosificación de la sanción penal se llevó a cabo aplicando los criterios contemplados en el capítulo Segundo, Título IV, artículos 54 a 62 del Código Penal, amén

que la negativa a la prisión domiciliaria se adoptó por el no cumplimiento de los presupuestos establecidos en la Ley 750 de 2002, al no al no evidenciarse el señalado abandono o desprotección de sus menores hijos.

8. No se evidencia, tampoco, la trasgresión del derecho a la defensa de la quejosa dentro del mencionado procedimiento, pues desde el momento mismo en que se le vinculó a la investigación, contó con un profesional del derecho que defendió sus intereses, con quien no solamente se agotaron las diversas fases procesales, sino que realizaron múltiples acciones de participación, impugnación y contradicción, pues incluso su abogado defensor impugnó la sentencia de primera instancia.

No sobra advertir, que más allá de demostrar la supuesta falta de defensa, lo relevante es indicar de qué manera esa pasividad redundó en perjuicio del justiciable, es decir, de qué forma la actuación que se echa de menos tuvo incidencia en la responsabilidad que le fue deducida, análisis que se extraña, quedando huérfana de sustentación la censura elevada por la accionante.

Por lo tanto, resulta evidente que durante el curso del proceso penal adelantado contra JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA se garantizó a plenitud su derecho a la defensa, quedando entonces sin sustento la censura elevada por la actora, pues, contrario a su dicho, la orfandad defensiva que depreca no encuentra respaldo en las constataciones que respecto del desarrollo cabal de la actuación penal, verificó el juez cognoscente.

Por lo anterior, no puede pretenderse que por vía de tutela se disponga la anulación del proceso y se repitan las actuaciones válidamente cumplidas, atribuyendo a las autoridades irregularidades que ni siquiera han existido.

9. Además, si se tiene en cuenta la naturaleza de las pretensiones contenidas en la demanda tutelar y las circunstancias allí expuestas, la Sala no aprecia la concurrencia de los presupuestos establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un perjuicio

irremediable, pues el solo hecho de encontrarse la accionante privada de su libertad no justifica per se la consumación de una lesión de tal magnitud, siendo que ello se sustenta en la existencia de una sentencia condenatoria que goza de la presunción de acierto y legalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 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

1. Negar el amparo de tutela presentado por JEMMY ALEXANDRA RAMÍREZ VARELA, por las razones expuestas en precedencia.
2. Notificar este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo, en caso de no ser impugnado.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 El 09 de septiembre de 2017, la accionante suscribió un preacuerdo con la Fiscalía 2ª Seccional de Facatativá, consistente en que «... aceptaría su responsabilidad por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado, y como contraprestación el ente acusador modificaría su grado de participación de autora a cómplice, pactándose como pena principal ochenta y cuatro (84) meses de prisión, los cuales se obtuvieron de establecer que la pena para el delito contra el patrimonio económico sería la mínima de 12 años de prisión y para el punible atentatorio de la seguridad pública también la sanción mínima de 9 años, de tal manera que, tomando como base la primera se haría un incremento de 2 años por el delito concursante, para un total de 14 años de prisión, reducidos a la mitad por la incidencia del dispositivo amplificador del tipo de la complicidad». FI. 76-77 C.O. 1.

2 Sentencia T-504/00.

3 Sentencia T-212 de 2006.

4 Fallo T-942 de 2006, Corte Constitucional. Se dijo además en esta providencia:

“Resta señalar que llama la atención a la Sala el hecho que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, a pesar que solicitó se le informa sobre si se había interpuesto el recurso de casación y que la secretaria de la misma Sala hubiera informado en sentido negativo, luego de reconocer que la acción de tutela es procedente contra decisiones judiciales, en el presente caso hubiera hecho un estudio de fondo del problema planteado, cuando lo adecuado era, como lo hará esta Sala de la Corte Constitucional, denegar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Pedro Pablo Arévalo Prieto, por existir otro mecanismo judicial

de defensa idóneo para proteger los mencionados derechos.”

5 FI. 095 C.O.