

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP5106-2018

Radicación No. 97995

Acta No. 124

Bogotá D. C., abril diecinueve (19) de dos mil dieciocho (2018).

I. VISTOS:

Resuelve la Sala lo pertinente en relación con la acción de tutela instaurada por el ciudadano GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS, contra el Juzgado 1º Penal del Circuito con Función de Conocimiento, la Fiscalía 29 Seccional y una Sala de Decisión Penal de Tribunal Superior de Distrito Judicial, autoridades todas con sede en Bucaramanga, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y libertad personal.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. De la información que reposa en la presente actuación se pudo establecer que por hechos ocurridos el 23 de noviembre de 2012, ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se adelantaron las audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario contra el ciudadano GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS por los presuntos delitos de homicidio agravado en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas de fuego. Diligencias en las que estuvo asistido por su abogado de confianza.

2. Presentado el respectivo escrito de acusación, el asunto fue asignado al Juzgado 1° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad, titular quien adelantó las audiencias preparatoria y de juzgamiento, estadio procesal este último en el que defensor del procesado propuso objeciones, hizo uso de contrainterrogatorios a los testigos de la fiscalía, presentó pruebas testimoniales y solicitó se dictara un fallo absolutorio en razón a que el ente investigador no demostró la responsabilidad de su asistido.

Finalmente, la autoridad judicial competente, en sentencia del 27 de julio de 2017 resolvió condenar al acusado a la pena principal de 20 años de prisión como coautor de las conductas punibles de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas de fuego.

De otra parte, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. Inconforme con el fallo de primera instancia el defensor y el procesado interpusieron el recurso de apelación, alegando que la fiscalía no cumplió con su deber de órgano acusador y no fue diligente en el manejo de la investigación al no tener en cuenta siete (7) testigos, quienes hubieran podido esclarecer la ocurrencia de los hechos. Además, se quejaron de la valoración probatoria efectuada por el fallador de instancia.

4. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, previo el estudio del acervo probatorio y la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que consideró aplicable al caso, en fallo dictado el 28 de noviembre de 2017 resolvió confirmar la sentencia de primera instancia. No sin antes atender todos los planteamientos expuestos por los recurrentes.

5. Contra la anterior decisión el procesado por intermedio de su defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, pero como posteriormente informó que no contaba con abogado de confianza para sustentarlo, se ofició a la Defensoría del Pueblo para los fines

legales pertinentes.

6. Mediante comunicación del 08 de febrero de 2018, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, le informó al procesado que:

“la Defensoría del Pueblo Regional Santander puso de presente que no presentará la respectiva demanda de casación pues allegó concepto negativo para su sustentación; por tanto, se le informa que si es su deseo contrate un defensor de confianza para la eventual sustentación de la demanda.

En consecuencia, se informa que el término para sustentar el recurso extraordinario vence el próximo 6 de marzo de 2018 a las 4:00 p.m.”

7. Como quiera en el traslado referenciado el acusado se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno, la Corporación Judicial competente en proveído fechado 08 de marzo del año en curso, resolvió declarar desierto el recurso extraordinario de casación.

8. Inconforme con el rol desempeñado por su defensor de confianza y la valoración probatoria efectuada por los falladores de instancia, el ciudadano GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS acudió al juez de tutela en procura de amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y libertad personal.

Para soportar su pretensión indicó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, “en virtud del control jurídico que ejerce sobre las actuaciones del inferior, está autorizado para revocar la actuación, modificar la resolución del inferior, pero en este caso, dejó de valorar las pruebas aportadas al instructivo, de las que se desconoció el real alcance y su sentido, pues si se hubiera realizado tal valoración a los testigos bajo criterios objetivos racionales y rigurosos como lo enseña la jurisprudencia..., el sentido del fallo sería distinto”.

Teniendo en cuenta los presuntos desaciertos del fallo recurrido, solicitó se declarara la nulidad del proceso que cursó en su contra por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas de fuego, y se ordenara su libertad inmediata.

III. TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

Esta Sala de Decisión Penal de Tutelas de esta Corporación asumió el conocimiento del asunto, comunicó lo pertinente a las autoridades judiciales accionadas y vinculó a los terceros que pudieran verse afectados con la decisión que pusiera fin al amparo solicitado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

2. Es indiscutible que la solicitud de protección constitucional presentada por el señor GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS, está dirigida a socavar la firmeza de las decisiones proferidas por los despachos judiciales que conocieron de la actuación penal en la que resultó condenado por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

3. Hecha la anterior aclaración, pertinente es señalar que como a través de la sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, ello torna improcedente dirigir esta acción contra sentencias o providencias que pongan término a un trámite judicial porque sus especiales características de subsidiariedad y residualidad impiden que pueda ser ejercitada como mecanismo para conseguir la intervención del juez de tutela a fin de derribar la res iudicata que aquéllas

adquieren, cometido que desnaturaliza su esencia y agrede postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de los servidores judiciales de conformidad con la preceptiva contenida en el artículo 228 superior.

4. No obstante, este postulado general encuentra excepción en tratándose de decisiones que por involucrar una manifiesta y ostensible contradicción con la [Constitución Política](#) o la ley, en cuanto resultado de la conducta arbitraria o caprichosa de los funcionarios judiciales, constituyan verdaderas vías de hecho que conculquen o amenacen los derechos fundamentales del actor frente a las cuales no disponga de otro medio judicial idóneo y eficaz, porque en estos eventos la protección resulta imprescindible para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

5. Mediante la sentencia de control de constitucionalidad que se hizo al artículo 185 de la Ley 906 de 2004, se unificaron y sistematizaron los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Se dijo por el Tribunal Constitucional (C.C. C-590/05) cuáles eran aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir una acción de tutela contra providencias judiciales. Fueron señaladas las siguientes:

- 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 afecta los derechos

fundamentales de la parte actora.

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 posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

6. De otra parte, precisa la Sala que para que proceda la acción de tutela se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

Criterio igualmente sostenido por Corte Constitucional (ST-864 de 1999), al señalar que:

...es indispensable un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.

7. En este caso, lo cierto es que la parte actora no logra acreditar de qué manera se le hayan vulnerado las garantías fundamentales que pretende proteja el juez de tutela, porque si bien la petición de amparo fue instaurada dentro de un término razonable, también lo es

que demostrado está que la actuación penal en la que resultó condenado el señor GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, se adelantó conforme a los parámetros establecidos en la Ley 906 de 2004, garantizándosele de esta manera un debido proceso, y de ahí que no pueda predicarse la existencia de vías de hecho, única posibilidad para que prospere la tutela contra decisiones y actuaciones de carácter judicial.

8. En efecto, en el trámite del proceso referenciado siempre estuvo asistido por un profesional del derecho quien, no sólo participó activamente en la audiencias preparatoria y de juicio oral, sino que utilizó los recursos que la ley establece para la protección de sus derechos fundamentales, tanto así que frente a la sentencia proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, con argumentos similares a los que quiere hacer valer el actor ante el Juez de tutela, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

9. El hecho que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, se haya apartado de los planteamientos propuestos, y en su lugar, decidió confirmar el fallo recurrido, no por ello debe decirse que la actuación del juzgador de segunda instancia sea arbitraria o caprichosa que afecte algún derecho fundamental del sentenciado.

10. Además, basta leer la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2017 por el ad quem para establecer que con base en el estudio del acervo probatorio, la normatividad y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que consideró aplicable al caso, llegó a la conclusión que los medios probatorios incorporados al proceso permitían tener un convencimiento más allá de toda duda razonable conforme a los requisitos del artículo 381 del C.P.P., que la conducta desplegada por el procesado GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS se ajustaba a los elementos del tipo penal descritos en los artículos 27, 103 y 365 del Código Penal, este último modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, máxime cuando para soportar su decisión, precisó, entre otras cosas, que:

“...para la Sala las razones de la alzada no alcanzan la fuerza suficiente para destruir los razonamientos hechos en instancia y menos para desvirtuar la valoración probatoria hecha por la juez de conocimiento, toda vez que, como se dijo en líneas precedentes, atendiendo las leyes de la sana crítica y la lógica, todo permite deducir, que el procesado sí tenía motivos no sólo para atentar contra la vida de la víctima, por rencillas existentes en el pasado, sino que incluso ya había habido amenazas, como lo refiere el padre de ésta, motivos que lo conminaron a elaborar un plan criminal que determinó su participación en los delitos que le fueran enrostrados, independientemente que el objetivo muerte, perseguido por los socios criminales no se hubiese consumado, por circunstancias obviamente ajenas a la voluntad de aquellos.

Luego, el recurso no puede limitarse a pregonar lo que se hubiese probado de haberse adelantado una óptima estrategia defensiva y lo que hubiesen dicho los testigos que, en su criterio debían haber sido citados, pues lo cierto es que en virtud de los principios de preclusividad probatoria y necesidad de la prueba, el juez no puede entrar a valorar sino las pruebas que legal y oportunamente fueron introducidas al juicio, ya que ir más allá, es decir, dar por probado un hecho que no lo está o establecer la existencia de elementos que no fueron incorporados al juicio, como al parecer lo solicita la defensa, generarían un error de hecho por defecto fáctico.

En ese orden de ideas, si el acusado se encontró o no con uno de sus compinches en la cárcel, si este manifestó o no su autoría individual y lo exculpó, son aspectos que quedaron meramente en suposiciones, pues no fueron traídos al juicio ninguno de los testigos de los que ahora se duele la defensa, pese a que éstos estuvieron identificados desde el inicio del proceso, luego no pueden ser imputadas a otras partes las deficiencias probatorias así establecidas, quedando por el contrario cimentada la teoría de la Fiscalía referente a la responsabilidad penal del procesado, cumpliendo con su carga de desvirtuar la presunción de inocencia y cumpliendo las pruebas por ella aportadas, esto es, llevar al convencimiento al juez más allá de toda duda razonable del compromiso penal del encartado dentro de las

circunstancias que le fueron acusadas”.

11. De otra parte, bueno es reiterar que la acción de tutela no se orienta a reabrir el debate de las pretensiones en litigio a partir de nuevas argumentaciones, su objeto está únicamente en determinar si la providencia judicial atacada ha desbordado el marco constitucional dentro del cual debe producirse y vulnera derechos fundamentales en cabeza del afectado, situación que aquí no sucedió.

12. Ahora, frente al derecho fundamental a la defensa tampoco se advierte de qué manera se le haya vulnerado al aquí accionante, porque como ya se dijo el profesional del derecho que representó los intereses del aquí accionante, participó activamente en el proceso que se le adelantó por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tanto así que en cumplimiento del mandato conferido recurrió el fallo condenatorio proferido por el Juzgado 1° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga y, solicitó su revocatoria, para que en lugar se dictada uno absolutorio. Y,

Si bien, la Corporación Judicial competente se apartó de los planteamientos y decidido confirmar la sentencia, no es razón suficiente para señalar que el entonces procesado haya carecido de defensa técnica.

13. En este punto, no sobra reiterar que el debido proceso es reputado como uno de los principales derechos de los ciudadanos, su noción se determina a partir del principio universal conforme al cual los procedimientos tienen por finalidad la realización del derecho material y que éstos deben estar sujetos a ciertas reglas. Lo anterior brinda transparencia a las actuaciones de las autoridades públicas y al agotamiento de las etapas determinadas de manera inequívoca en el ordenamiento legal.

14. En otras palabras, se exige que todo trámite, judicial o administrativo se ciña a las pautas constitucionales y legales que la rigen, observando a plenitud las formas propias de

cada juicio, que es precisamente lo que se le garantizó al ciudadano GERSON ORLANDO SOLANOS BARRIOS en la actuación penal que cursó en su contra por las conductas punibles tantas veces referenciadas.

15. Finalmente, advierte la Sala que si bien contra el fallo de segunda instancia, el procesado a través de su defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, también lo es que a pesar de contar con la asistencia de un profesional del derecho, se abstuvo, en los términos establecidos en la ley, presentar la respectiva demandada, por tanto, fue declarado desierto.

Comportamiento procesal que constituye razón adicional para concluir la improcedencia del amparo solicitado, debido precisamente a su carácter subsidiario, motivo por el cual no puede ahora el actor por vía de la acción de tutela pretender enmendar la negligente y despreocupada postura procesal que adoptó en su momento, toda vez que admitió la actitud asumida por su procurador judicial y permitió que la sentencia de segundo grado adquiriera firmeza. Además, no puede pasarse por alto que contó con la posibilidad de cambiar de defensor y no lo hizo.

16. El libelista olvidó que este trámite constitucional no es una tercera instancia, no está instituido como una jurisdicción paralela a la establecida en el ordenamiento jurídico y tampoco es la sede a la que se acude como última opción cuando los resultados de acudir a las vías ordinarias han sido desfavorables, porque no puede existir concurrencia de medios judiciales toda vez que siempre prevalece la acción ordinaria, y de ahí que se afirme que la tutela no es un camino adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que al presunto afectado en sus derechos fundamentales le brinda el ordenamiento jurídico.

17. Entonces: al haber contado GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS con los mecanismos judiciales adecuados para debatir el trámite y las decisiones proferidas al interior del

proceso penal que cursó en su contra por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas de fuego, el presente amparo no tiene vocación de prosperidad toda vez que la tutela no establece una jurisdicción paralela a la ordinaria y no es la sede a la que se acude como última opción cuando se desechan los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para corregir posibles errores de los operadores judiciales,

Posición igualmente sostenida por la jurisprudencia nacional (C.C. T-086/07), al señalar que:

“Es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios. Es incorrecto pensar que la acción de tutela puede asumirse como un medio de defensa judicial paralelo al sistema de jurisdicciones y competencias ordinarias y especiales. El juez de tutela no puede entrar a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, especialmente si los mecanismos que permiten conjurar las posibles falencias que se suscitan durante los trámites procesales no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias que consagra la ley. El agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulta ser entonces, no sólo una exigencia mínima de diligencia de los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales, sino un requisito necesario para la procedibilidad de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial; circunstancia que deberá ser debidamente acreditada

en la acción de tutela”.

18. No puede perderse de vista, entonces, que el excepcional mecanismo de amparo no fue concebido para remediar las fallas de gestión en las que incurren los ciudadanos en la defensa de sus garantías de tipo fundamental. Admitir lo contrario conllevaría a sustituir los cauces ordinarios de solución de las problemáticas y la jurisdicción constitucional abordaría el estudio de aspectos que no se compadecen con su existencia, en absoluto detrimento e irrespeto de los órganos judiciales de otras especialidades.

Así pues, al no advertirse acto arbitrario o injusto de parte de las autoridades accionadas y los terceros vinculados al presente trámite constitucional, se negará por improcedente el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Penal de Tutelas No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. NEGAR, por improcedente, la acción de tutela promovida por el ciudadano GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS. Y,
2. En caso de no ser impugnada la presente decisión, remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria