

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP2821-2019

Radicación N° 102943

Acta 58

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la impugnación formulada por el accionante ÓSCAR BOLAÑOS REALPE contra la sentencia de tutela emitida el 16 de enero de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que le negó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de feminicidio agravado tentado en concurso heterogéneo con lesiones personales.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Fueron resumidos por el Tribunal a quo así:

Entiende la Sala que el aquí accionante, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel de Jamundí ejecutando 189 meses de prisión por los delitos de feminicidio agravado en grado de tentativa y lesiones personales, pide la protección del derecho fundamental al

debido proceso porque, en síntesis, la autoridad judicial accionada le negó la redosificación de la pena pese a que, por virtud de la aplicación favorable del art. 16 de la L.18256/17 -Procedimiento Penal Especial Abreviado-, tiene derecho a la rebaja de la mitad de la misma por allanamiento a cargos.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Admitida la acción de tutela, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante auto de 18 de diciembre de 2018, ordenó correr traslado de la demanda al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, para que ejerciera el derecho de contradicción que le asiste.

Fue así como, dicho despacho judicial comunicó que, mediante auto de 31 de octubre de 2018, resolvió no redosificar la pena impuesta al accionante como quiera que, fue condenado a 189 meses de prisión como autor responsable del punible de feminicidio agravado tentado en concurso heterógamo con lesiones personales, sin que el primero de dichos reatos se encuentre relacionado en el artículo 10º de la Ley 1826 de 2017, por lo que no era dable readecuar la sanción.

Así, solicitó sea declarado improcedente el mecanismo de amparo deprecado, porque además de no evidenciarse ninguna vía de hecho en la decisión cuestionada, contra la misma el actor no interpuso los recursos de ley.

FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el 16 de enero de 2019 negó el amparo invocado al considerar que, en el caso concreto no se satisface el principio de residualidad que gobierna la acción de tutela, pues el accionante no discutió el acierto o legalidad de la decisión cuestionada a través de los mecanismos ordinarios que la ley le concede para ello.

Adicionalmente, tampoco se encuentra configurada una vía de hecho en el auto censurado que torne dable la acción de amparo, por cuanto el demandante no expuso fundamento jurídico, fáctico ni probatorio encaminado a demostrar que la decisión proferida por la autoridad accionada contraviene la Constitución y la ley.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo, ÓSCAR BOLAÑOS REALPE manifestó su voluntad de impugnarlo sin sustentar los motivos de su inconformidad.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia, el 16 de enero de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al ser 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 cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. Ahora, es un hecho cierto que el objeto de la demanda de tutela se centra en cuestionar el auto proferido el 31 de octubre de 2018 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, a través del cual se resolvió no modificar la pena impuesta a ÓSCAR BOLAÑOS REALPE por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Conocimiento de

esa ciudad el 29 de junio de 2017, atendiendo a que fue sancionado con prisión de 189 meses, como autor del punible de feminicidio agravado tentado, reato respecto del cual no es dable aplicar lo normado en la Ley 1826 de 2017; pues en criterio del accionante su garantía fundamental al debido proceso se desconoció, como quiera que se desentendió el principio de favorabilidad.

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.

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, 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 explicarse.

Si el accionante pretende que se invalide la providencia precitada por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, ya que en su sentir no se dio aplicación al principio de favorabilidad, dicha situación debió debatirla en el escenario natural para el logro de sus pretensiones, esto es, en sede del recurso ordinario de reposición y en subsidio el de apelación, de los cuales no se hizo uso, tal como lo advirtió el Juzgado accionado.

De ahí que no se derive el agotamiento de los medios de defensa judicial idóneos como presupuesto indispensable para la procedencia de la acción de tutela, dado su carácter residual y subsidiario, 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 irremediable¹. 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.²(Subrayas y negrillas fuera del original).

6. Acreditada, entonces, la posibilidad que tuvo a su alcance el accionante para poner de presente sus desavenencias a través de los aludidos recursos 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:

[...] cuándo la acción de tutela se instaure 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.³-Negrillas fuera del original-

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.

7. Así las cosas, la omisión en que incurrió el actor en la actuación censurada independientemente de las razones por las cuales no se acudió a dichos recursos, 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 el accionante, 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 el accionante, es utilizado ahora para que, con el ejercicio de esta acción se revivan términos ya fenecidos, o para crear una instancia adicional en su proceso, lo cual torna improcedente esta tutela, ya que, se insiste, previamente se deben agotar los recursos que el mismo procedimiento penal consagra.

8. Sumado a lo anterior, para la Sala es evidente que ÓSCAR BOLAÑOS REALPE pretende a través de este instrumento censurar la actuación desplegada por los funcionarios judiciales competentes por fuera de los canales dispuestos por el legislador, lo cual torna igualmente improcedente el amparo solicitado, porque el Constituyente no le otorgó a la acción de tutela el carácter de instancia adicional o de mecanismo alternativo o paralelo a los procedimientos ordinarios de defensa judicial, salvo que se demuestre la incursión en causales de procedibilidad por parte del funcionario judicial, esto es, que con desconocimiento de la Constitución y la ley las decisiones proferidas en el ejercicio de la función pública de administrar justicia desbordan el ordenamiento jurídico, y emergen abusivas y arbitrarias, aspectos que en el presente caso no se avienen a ninguno de los presupuestos que permitirían un estudio constitucional de los hechos en que sustentan la vulneración a los derechos fundamentales cuyo amparo reclaman.

En efecto, lejos de poner de presente la incursión en vías de hecho, ahora denominadas causales genéricas y especiales de procedibilidad, en los términos en que han sido

decantadas por la jurisprudencia, el demandante pretende revivir etapas procesales que han hecho tránsito a cosa juzgada, postulando tan solo un criterio interpretativo diverso del expuesto por la jurisdicción penal, con el ánimo de que el juez de tutela acoja como mejor y más elaborado su alegato respecto de que debe redosificarse la pena impuesta en aplicación de la Ley 1826 de 2017, ello, en virtud del principio de favorabilidad.

Además, del estudio de la decisión censurada se hace manifiesto que la autoridad judicial ejerció su facultad legal de interpretación jurisdiccional y aplicación del derecho y de ese modo concluyó, luego de una análisis en conjunto del material probatorio debidamente incorporado a la actuación, que no era procedente redosificar la pena impuesta al accionante, pues al haber sido condenado por el punible de feminicidio agravado tentado, no es dable acudir a lo normado en la Ley 1826 de 2017, ya que el artículo 10º de la misma, al respecto dispone que el procedimiento especial abreviado no se aplicará a dicho reato.

Justamente, la aplicación del principio de favorabilidad, debe hacerse conforme a los artículos 29 de la [Constitución Política](#) de Colombia y 6º de la Ley 906 de 2004, además de los criterios jurisprudenciales que sobre el tema se han establecido en diversas oportunidades.

No sobra aclarar igualmente, que dicho principio está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, las cuales integran el bloque de constitucionalidad.

9. En el caso concreto, cuando se adelantó el proceso penal seguido contra el accionante (sentencia de 29 de junio de 2017), no se encontraba vigente la Ley 1826 de 2017, la cual entró a regir el 12 de julio de esa anualidad, razón por la cual resultaba imposible la aplicación del procedimiento penal especial abreviado.

Por su parte, mientras el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, declarado

condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-645 de 2012, establece que la persona capturada en flagrancia que se allane a los cargos formulados en la imputación, únicamente tiene derecho a un descuento equivalente a la cuarta parte (12.5%) del beneficio consagrado en el artículo 351 ibídem, esto es, a la rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El artículo 539 de la Ley 906 de 2004, implementado por el artículo 16 de la nombrada Ley 1826 de 2017, regula la aceptación de cargos en el procedimiento especial abreviado, y señala que, el indiciado puede aceptar cargos en cualquier momento previo a la audiencia concentrada, caso en el cual, se hace merecedor de un descuento punitivo de hasta la mitad de la pena.

Por el contrario, si el allanamiento se produce instalada la citada audiencia, la rebaja será de hasta la tercera parte y, de la sexta parte si ocurre en el juicio oral. Finalmente, en el párrafo se dice que las rebajas aplican a los casos de flagrancia “salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”.

Ahora bien, no obstante en el procedimiento especial abreviado no se estableció la formulación de imputación, ésta se equipara con la diligencia de traslado de la acusación hasta antes de la audiencia concentrada establecida en la Ley 1826 de 2017, por cuanto en la primera se realiza la comunicación de los cargos y el indiciado adquiere la calidad de parte.

Entonces, una vez realizado el análisis comparativo entre las referidas normas, se concluye que resulta más beneficioso el contenido del artículo 539 de la Ley 906 de 2004 implementado mediante el artículo 16 de la nombrada Ley 1826 de 2017, pues conlleva un tratamiento más benigno dado que permite una disminución de hasta la mitad de la pena a imponer, en tanto la otra restringe el beneficio a la cuarta parte (12.5%) de aquella.

10. Entonces, le asiste razón a la autoridad accionada al negar la redosificación de la pena

impuesta con apego al artículo 539 de la Ley 906 de 2004, implementado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 y amparado por el principio de favorabilidad, en virtud al incumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin.

Ello como quiera que, el accionado al haber sido condenado por el punible de feminicidio agravado tentado, no es viable el ámbito de aplicación del procedimiento especial abreviado, pues éste no requiere querella para el inicio de la acción penal, ni se encuentra enlistado en el citado artículo 10º de la Ley 1826 de 2017.

11. Se reitera, 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 o pruebas decretadas y practicas 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.

Así, 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.

12. Acorde con lo anterior, la confirmación del fallo impugnado es la determinación que se impone adoptar.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de

la ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo recurrido, conforme las razones expuestas en la parte motiva.
2. Remitir copia de la presente decisión a la actuación penal censurada.
3. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Sentencia T-504/00.
- 2 Sentencia T-212 de 2006.
- 3 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.”