

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP3532 - 2021

Tutela de 1ª instancia No. 114773

Acta No. 47

Bogotá D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela instaurada por ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL, contra el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, por la presunta violación del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda, los anexos y las pruebas recaudadas se tienen los siguientes:

1. El 2 de octubre de 2020, en el radicado 11-001-60-99088-2015-00000, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena condenó a ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL a 129 meses de prisión, por los delitos de concusión y abuso de función pública. Le negó los subrogados penales y, por tanto, ordenó librar la correspondiente orden de captura.

2. Inconforme con todo lo anterior, la defensa del precitado interpuso apelación, la cual está pendiente de resolverse en la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena.

3. El 25 de noviembre de 2020, la defensa pidió, tanto de esa Corporación, como del juzgado de conocimiento, aplicar por favorabilidad el artículo 188 de la Ley 600 y, en consecuencia, cancelar la orden de captura, por cuanto en la sentencia de primera instancia se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y no ha quedado en firme. Para apoyar esa pretensión, invocó la STC4969- 2020.

4. El 30 de noviembre de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena se inhibió de resolver, pues conforme con la jurisprudencia de esta Sala Especializada<sup>1</sup>, ello corresponde en primera instancia al Juzgado 1º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena.

5. El 15 de diciembre de 2020, el despacho en cita decidió no resolver la pretensión. Esbozó que carecía de competencia, pues se suspendió cuando emitió la sentencia de primera instancia. Luego, admitió que sí la tenía, pero indicó que, por el principio de oralidad, todas las peticiones surgidas al interior del proceso deben ser resueltas en audiencias y, además, no contaba con el expediente.

6. Según la parte actora, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena incurrió en un defecto procedimental absoluto, por exceso ritual manifiesto, en la medida que impuso obstáculos para la materialización de sus derechos, tales como, la oralidad y el ritual de las audiencias.

7. Por tanto, solicitó ordenar al Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, que emita un auto en el cual resuelva de fondo sobre la solicitud de cancelación de la orden de captura, contra el cual, procedan recursos.

#### TRÁMITE DE LA ACCIÓN E INFORMES

La demanda inicialmente correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, pero, por auto de 18 de enero de 2021, la remitió a esta Sala, por cuanto, mediante auto de 30 de noviembre de 2020, se abstuvo de conocer la solicitud de cancelación de orden de captura del actor, remitiéndola por competencia al juzgado de conocimiento, donde, según el demandante, no se resolvió de fondo.

En auto de 27 de enero de 2021, se admitió la demanda. Se vincularon como terceros con interés legítimo en el asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, así como a las demás partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal 11-001-60-99088-2015-00000.

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena informó que la cancelación de la orden de captura del procesado se relaciona con su libertad. Entonces, como lo que se resuelva al respecto, es susceptible de apelación, en armonía con la jurisprudencia de esta Sala, el 30 de noviembre de 2020 remitió la petición del actor al

Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, para garantizar la doble instancia.

Aseguró que el expediente del proceso penal seguido en contra del accionante fue remitido para la apelación de la sentencia en forma electrónica, de ahí que el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena puede consultar las piezas procesales necesarias para estudiar y resolver la solicitud que interesa.

2. El Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena indicó que en una tutela anterior se le cuestionó por el mismo asunto.

Manifestó que el demandante pretende imponer su personal interpretación en cuanto a la suspensión de la orden de captura, la cual es equivocada y absurda.

El juzgado esbozó que las decisiones relacionadas con la libertad son de cumplimiento inmediato.

Indicó que si en Ley 906, el legislador permite la aprehensión del procesado a partir del anuncio del sentido de fallo condenatorio, con más razón a partir de la sentencia, en la cual se evaluaron individual y de manera conjunta las pruebas y se ha dado respuesta a los alegatos de las partes.

Sostuvo que, el principio de legalidad consagra que nadie puede ser privado de la libertad sin una orden judicial y la sentencia condenatoria es la esencia de tal norma rectora.

En cuanto a la petición que le trasladó el Tribunal de Cartagena, señaló que, con la apelación de la sentencia perdió competencia y no cuenta con el expediente para proyectar decisión alguna.

Expresó que el escenario en el que se debe discutir la validez de la orden de captura es en

la segunda instancia, desvirtuando las motivaciones de la sentencia condenatoria, la cual, no estaba condicionada.

3. La Fiscalía 64 delegada ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, informó que el 21 de octubre de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena declaró improcedente una tutela que presentó el actor por estos mismos hechos, decisión que fue confirmada por otra Sala de Tutelas de esta Sala. Ante ese hecho, pidió declarar improcedente la presente demanda.

De igual forma, porque de acuerdo con el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no es modificable por el juez que la emitió.

Comparte que la competencia del juzgado de primera instancia está suspendida, por virtud de la concesión de la alzada contra su fallo.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Competencia

De acuerdo con el artículo 1º, numeral 8º, del Decreto 1983 de 2017, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, porque se vinculó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

### Problema jurídico

Determinar si la acción de tutela procede para dejar sin efecto el pronunciamiento que emitió el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena el 15 de diciembre de 2020, acerca de la cancelación de la orden de captura que libró contra ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL, por violar presuntamente sus derechos fundamentales.

## Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley.

2. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita la protección del derecho fundamental, o cuando existiendo carece de eficacia para su protección. Y excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

3. El Decreto 2591 de 1991, previó ciertos requisitos para su interposición, uno de ellos, el contemplado en el artículo 37, de no haber interpuesto previamente otra acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Si se incumple con esa exigencia, la demanda se rechazará o se decidirán desfavorablemente todas las solicitudes allí insertas, por mandato del artículo 38.

5. En este caso, se descarta la improcedencia de la acción de tutela por temeridad. Es cierto que el 21 de octubre de 2020, la Sala penal del Tribunal de

Cartagena declaró improcedente una acción de tutela que presentó ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL contra el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, confirmada el 10 de diciembre posterior por la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de esta Sala. Sin embargo, también es verdad que esa demanda constitucional se fundamentó en unos hechos y pretensiones distintos a los que se plantearon en la presente acción.

En el caso que ya se resolvió, los hechos aludían a que, el 2 de octubre de 2020, al momento de interponer la apelación contra la sentencia de primera instancia, la defensa le pidió al Juzgado demandado que se abstuviera de librar la orden de captura, pues ese recurso se concede en el efecto suspensivo, para lo cual citó una sentencia de una Sala de Decisión de Tutelas de esta corporación. No obstante, el despacho, sin motivación, emitió la respectiva orden de aprehensión. Se pretendió, por tanto, que el pluricitado juzgado de Cartagena cancelara esa orden.

Mientras que la presente acción se basa en hechos que acontecieron con posterioridad. Concretamente, que el 25 de noviembre de 2020, el accionante, por medio de su defensor, solicitó tanto de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, como del Juzgado 1º Penal del Circuito de esa ciudad, la cancelación de la orden de captura en su contra, con otro sustento legal. Aplicación favorable del artículo 188 de la Ley 600, para lo cual trajo otro antecedente judicial, la STC4969- 2020. Sin embargo, el juzgado no emitió un auto resolviendo de fondo, susceptible de apelación, ni siquiera porque la Sala Penal del Tribunal de Cartagena le indicó que tenía competencia en primera instancia para ello. Por eso, pretende por esta vía se le ordene al demandado emitir pronunciamiento.

6. En efecto, el 30 de noviembre de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena estimó que la posible cancelación de la orden de captura del procesado por favorabilidad, implicaba la concesión de su libertad provisional, y, a partir de esa

inferencia, con fundamento en jurisprudencia de esta Corte (Radicado 23392 del 16 de diciembre de 2005 y 19137 del 6 de marzo de 2002), se abstuvo de resolver frente a ese particular y remitió la solicitud del señor ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL al Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, para garantizar la doble instancia.

En oficio de 15 de diciembre posterior, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena manifestó que carecía de competencia, puesto que ésta se suspendió cuando emitió la sentencia de primera instancia. Aunque luego admitió que sí la tenía, pero no resolvía la solicitud, por cuanto, de acuerdo el principio de oralidad, todas las peticiones surgidas al interior del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, deben resolverse en audiencias, y adicionalmente, no contaba con el expediente.

7. Nótese que el pronunciamiento emitido por el Juzgado de Cartagena es contradictorio en cuanto a los motivos de su incompetencia para abstenerse de conocer de la solicitud presentada, lo cual terminó estructurando un defecto procedimental. Además, el accionado se apartó, sin ofrecer razón alguna, de la jurisprudencia que la Sala Penal del Tribunal de Cartagena citó en apoyo para remitirle por competencia la petición, lo cual vendría a estructurar un error por desconocimiento del precedente.

Ambas irregularidades son relevantes, por cuanto determinaron que el juzgado demandado se inhibiera de pronunciarse sobre la solicitud, con desconocimiento de las normas procesales y los precedentes que le fijaban competencia para hacerlo, propiciando, de esta manera, la vulneración de los derechos a debido proceso y el acceso a la administración de justicia de ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL.

8. Sumado a lo anterior, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena incurrió en un nuevo error al negarse a pronunciarse sobre la petición pretextando que en virtud del principio de



oralidad todas las peticiones surgidas al interior del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, debían resolverse en audiencia, para lo cual debía contar con el expediente, del cual carecía, puesto que esto no le impedía resolver sobre la petición en el sentido que consideraba correcto.

Pero, además, porque si el obstáculo era la falta del expediente, debió pedir copia del mismo, aunque todo indica que el proceso se digitalizó y por tanto que tenía acceso a su contenido. Ese yerro también es trascendental, por haber sido otro de los motivos que se adujeron para no emitir pronunciamiento alguno frente a la solicitud de cancelación de la orden de captura por aplicación favorable del artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

9. Por las razones anotadas se amparará el debido proceso y el acceso a la administración de justicia de ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL.

En consecuencia, se ordenará al Juzgado 1° Penal del Circuito de Cartagena que, dentro de los siguientes 5 días, contados a partir de la notificación de este fallo, resuelva lo que estime ajustado a derecho en relación con la procedencia de la solicitud de aplicar por favorabilidad el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, y de suspender la ejecución de la orden de captura librada en contra de ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

1. Amparar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia del señor ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL.
2. Ordenar al Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena que, dentro de los siguientes 5 días, contados a partir de la notificación de este fallo, resuelva lo que estime ajustado a derecho en relación con la procedencia de la solicitud de aplicar por favorabilidad el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, y de suspender la ejecución de la orden de captura librada en contra de ELKIN ARNULFO PEÑA BERNAL.
3. Notificar este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, informando que puede ser apelado dentro de los tres días siguientes.
4. De no ser impugnada esta sentencia, enviar 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

1 Radicado 23392 del 16 de diciembre de 2005 y radicado 19137 del 6 de marzo de 2002.

2 “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 ius-fundamental 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, y g) que no se trate de sentencias de tutela”

3 C-590/05 y T-332/06.