

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP11575-2021

Radicación n°. 118409

Acta 214.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

#### ASUNTO

Procede la Corte a decidir la impugnación interpuesta por Fredy Julián Herrera Jiménez, a través de apoderado judicial, frente al fallo proferido el 21 de julio del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que declaró improcedente el amparo deprecado contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de la misma ciudad, por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el representante de la Fiscalía Setenta y Siete Seccional de esta ciudad, el Ministerio Público y las demás partes, autoridades e intervinientes que actuaron dentro del proceso penal seguido en contra del actor.

#### HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones del interesado fueron reseñados por la primera instancia de la siguiente forma:

«2. El libelista acude al amparo en procura de la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y libertad de FREDY JULIÁN HERRERA JIMÉNEZ, y los principios de congruencia y seguridad jurídica. Como hechos jurídicamente relevantes en esencia se resumen:

3. Dentro del proceso penal seguido en contra del aludido por los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir, según el libelista, se vencieron los términos de la medida de aseguramiento, por lo que con fundamento la causal 5ª del artículo 317 de la Ley 906/04 solicitó audiencia ante el juez de control de garantías.

4. La audiencia tuvo lugar el 1º de junio de 2021 en el Juzgado 55 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, autoridad que concedió la libertad al procesado al encontrar probado el vencimiento de términos. Como la fiscalía apeló la decisión, el Juzgado 44 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en segunda instancia, la revocó.

5. Para el libelista, en desarrollo de la audiencia se logró demostrar que su poderdante fue capturado el 17 de junio de 2020, la medida de aseguramiento se impuso el 19 siguiente; el escrito de acusación se radicó el 31 de agosto del mismo año y la audiencia de control de garantías se llevó a cabo cuando llevaba privado de la libertad 350 días, sin que tal demora pueda atribuirse a su defendido.

6. En criterio del demandante, el juzgado en segunda instancia argumentó de “manera equivocada” cuando señaló que en el sub judice concurren los presupuestos exigidos en la Ley 1908/18 para considerar al procesado como miembro de una estructura criminal organizada, motivo que llevó a revocar la decisión de primer grado de conformidad con lo previsto en el artículo 317 A numeral 5º, en cuanto esa ley prevé un término de 500 días.

7. Estimó satisfechos los requisitos generales y específicos para promover la tutela contra decisiones judiciales, y no contar con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos alegados. Recalcó que al considerar al acusado como miembro de un grupo

delincuencial de los que se refiere la Ley 1908/18 sin pertenecer a dicha organización se viola “el debido proceso y el derecho de defensa, pues se le estaría sorprendiendo al procesado con una nueva catalogación criminal que no hizo parte de los hechos jurídicamente relevantes que le fueron notificados al inicio de su vinculación al proceso, así mismo, se estarían haciendo señalamientos y condiciones delictuales nuevas las cuales no le fueron puestas en conocimiento en los momentos procesales oportunos”.

8. Por lo demás, adujo una indebida aplicación de la ley, insistiendo que es la Ley 906/04 en su artículo 317 numeral 5º a la que debe sujetarse el fallador y, en esa medida, tener por vencidos los términos de la medida de aseguramiento, tal y como lo concluyó el juzgado de garantías. En consecuencia, solicitó revocar la sentencia del Juzgado 44 Penal del Circuito y, en su lugar, dejar incólume la de primer grado y conceder al procesado la libertad provisional.»

## LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de sentencia del 21 de julio del año que avanza, declaró improcedente el amparo deprecado por no acreditar el presupuesto de subsidiariedad. Sobre el particular, concluyó que el proceso penal seguido contra el accionante se encuentra en curso, en consecuencia, era en mismo donde el accionante debía discutir las posibles violaciones de las garantías reclamadas vía tutela.

## LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el accionante, a través de apoderado judicial, quien se mostró en desacuerdo con los razonamientos de la primera instancia. En parecer del profesional del derecho, el Tribunal a quo mezcló un asunto ordinario del proceso penal con la libertad de los procesados con medidas preventivas, que en nada afectan el desarrollo de la actuación y se atienden por la jurisdicción constitucional en sede de garantías.

Aclaró que a su representado le asistiría la potestad de acudir al hábeas corpus siempre y cuando se encontrara privado de libertad. Sin embargo, en este caso no resulta viable interponer tal acción constitucional y la única vía es la tutela, debido a que Fredy Julián Jiménez Herrera recobró su libertad con la primera decisión adoptada por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá con función de Control de Garantías que le concedió la libertad provisional.

Agregó que contra la decisión de segundo grado que revocó el auto que concedió la libertad no procede ningún recurso, por lo que se agotaron todas las instancias ordinarias frente a la solicitud.

Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela, relacionados con la existencia de un defecto sustantivo en la providencia cuestionada, comoquiera que la autoridad convocada aplicó el artículo 317A numeral 5º de la Ley 906 del 2004 en el estudio de la libertad por vencimiento de términos, cuando el asunto estaba regulado por el canon 317 ejusdem.

## CONSIDERACIONES

Conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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 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, existiendo, la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Esta Corporación ha sostenido (CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad.99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad.98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial o administrativo.

Sin embargo, también ha indicado que excepcionalmente esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas causales de procedibilidad, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De esta manera, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales<sup>1</sup> y especiales<sup>2</sup>, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio corresponde determinar si hay lugar a confirmar o no, la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que declaró improcedente el amparo deprecado por el accionante ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de la misma urbe, al considerar que no se cumplía el presupuesto de subsidiariedad de la acción, comoquiera que la determinación cuestionada se profirió dentro de un proceso penal que se encuentra en curso.

El gestor constitucional pretende que se deje sin efecto la decisión del 30 de junio de 2021, por medio de la cual el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá revocó el auto proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, en el que se decretó su libertad provisional por vencimiento de términos.

Estima el actor que la autoridad judicial incurrió en un defecto sustantivo por indebida aplicación normativa, ya que estudió la solicitud a la luz de lo dispuesto en el artículo 317 A de la Ley 906 de 2004, cuando el asunto debió analizarse de cara a lo reglado en el canon 317 del mismo código.

De otro lado, en su escrito de impugnación argumentó que, contrario a lo dicho por la primera instancia constitucional, la tutela sí resulta procedente en este caso, pues, aunque el proceso está en curso, lo cierto es que frente a la decisión que se pronunció de forma desfavorable acerca de la libertad provisional no procede ningún recurso. Adicionalmente, el hábeas corpus no resulta una herramienta válida, en tanto se encuentra en libertad.

Sobre el particular, la Sala encuentra que se cumplen los presupuestos generales para procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que se trata de un asunto de relevancia constitucional, en tanto se denuncia la presunta afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la libertad. La demanda se presentó dentro de un término razonable y se indicaron los fundamentos del amparo. Finalmente, no se cuestiona un fallo de idéntica naturaleza y el demandante no tiene a su disposición otro mecanismo de defensa judicial.

Acerca del último punto, se debe resaltar que, si bien es cierto esta Sala de Tutelas en distintas oportunidades ha sostenido que en los casos donde se discute la libertad, el mecanismo tutelar resulta improcedente ante la existencia de otra herramienta de naturaleza preferente y sumaria como lo es hábeas corpus; también lo es que, en esta

oportunidad el accionante se encuentra en libertad y, por tanto, dicho mecanismo no resultaría viable.

Esto es así, pues el hábeas corpus puede ser empleado por las personas que se encuentran privadas de la libertad y aleguen la prolongación de la misma con violación o quebrantamiento del orden constitucional y legal. Requisito que no se acredita en este caso, debido a que como se señaló con anterioridad, Fredy Julián Herrera Jiménez al momento de interposición de la acción de tutela se encontraba en libertad.

Aclarado lo anterior, se tiene que en el caso de marras no se configura alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, ya que al margen de si la decisión objeto de análisis se amolda o no a las expectativas del accionante, asunto que, por principio, es extraño a la acción de tutela, la misma contiene argumentos razonables pues para arribar a la conclusión, la autoridad accionada fundó su postura en un examen probatorio, normativo y jurisprudencial propio de la adecuada actividad judicial, como pasa a exponerse.

Concretamente, en el auto del 30 de junio de 2021 el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá delimitó el marco jurídico del derecho a la libertad y luego aclaró que, en el caso sometido a análisis, la restricción a esa prerrogativa se encontraba soportada en la una orden judicial. Al respecto dijo:

«se emitió el 5 de junio de 2020 orden de captura en contra de los aquí procesados, por parte del Juzgado 59 Penal Municipal con funciones de control de garantías, la que una vez se hizo efectiva, fue legalizada e impuesta una medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de los encartados – con ocasión de la imputación de los punibles de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con concierto para delinquir –el 19 de junio de 2020, por parte del Juzgado 48 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, por lo que la instancia da por sentado que los señores Fredy Julián Herrera

Jiménez y Jorge Andrés Jiménez Rodríguez, se encontraban legalmente privados de su libertad.»

Acto seguido, sostuvo que la predica del delegado de la Fiscalía General de la Nación se encaminó a que se diera aplicación a los términos de libertad establecidos en el artículo 317 A de la Ley 906 de 2004, pues en sentir del recurrente los hechos por los que estaba siendo procesado Fredy Julián Herrera Jiménez daban cuenta de su pertenencia a un grupo delictivo organizada GDO. Sobre ese particular reclamo razonó lo que sigue:

«Por lo anterior y descendiendo al caso en estudio, es evidente que, en el presente asunto, conforme con los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, la investigación seguida en contra de Fredy Julián Herrera Jiménez y Jorge Andrés Jiménez Rodríguez, se realiza por presuntamente pertenecer a grupo delincuencial que previamente se concertó con el fin de cometer delitos contra el patrimonio económico de particulares, motivo por el cual las acciones desplegadas por esta organización criminal se enmarcan dentro de las características de un grupo delictivo organizado – GDO, y por tanto responden a la naturaleza de los punibles que persigue la Convención de Palermo, en su artículo 5º que fuera integrada al ordenamiento interno a través de la Ley 1908 de 2018, por ello, le asiste razón al señor Fiscal al considerar que en este evento era necesario, aplicar los términos dispuestos en el artículo 317 A del Código de Procedimiento Penal, por manera que su libertad solo procede conforme al numeral 5º cuando transcurridos 500 días desde el momento en que se radicó el escrito de acusación sin haberse dado inicio al juicio oral.

No es cierto como lo argumenta la bancada de la defensa, que no se haya hecho mención a la organización en el escrito de acusación, pues allí muy claramente se advierte que dentro de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación se cuenta con información que da cuenta de la existencia de un grupo autodenominado LOS PACHINOS, que se dedican al hurto de residencias, indicando el nombre de sus miembros, la jerarquía que cada uno ejerce, la forma en que presuntamente comenten los ilícitos, y se enlista 7 eventos en donde

al parecer actuaron de manera mancomunada en los que además fueron con posterioridad reconocidos por las víctimas como sus agresores.»

Luego, sostuvo que los siete eventos por los que se estaba procesando a Herrera Jiménez fueron cometidos entre noviembre de 2019 y durante 2020. Es decir, cuando ya había entrado en vigencia la norma cuya aplicación se reclamaba mediante el recuso.

Por último, aclaró que las inconformidades relacionadas con la calificación jurídica, la existencia o no de una organización criminal y la responsabilidad penal de los procesados, debían discutirse al interior del proceso, pues dichos aspectos escapaban de la competencia del juez con función de control de garantías.

En ese orden, concluyó que la primera instancia debió haber estudiado la libertad provisional postulada por el procesado, de cara a los requisitos exigidos en la Ley 1908 de 2018 que adicionó el artículo 317 A de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, dispuso:

«En virtud de lo anterior se revocará la decisión adoptada por el Juzgado 55 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad, el 1 de Junio de 2021, y en su lugar se despacha en forma negativa la solicitud de libertad por vencimiento de términos implorada por la defensa técnica de los acusados, debiéndose en consecuencia y como quiera que la misma se hizo efectiva, librar la correspondiente orden de captura en contra de Fredy Julián Herrera Jiménez, identificado con cédula de ciudadanía 1010246233 de Bogotá y Jorge Andrés Jiménez Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía No.1015395541 de Bogotá, para que continúen cumpliendo la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario impuesta en su contra.»

En este contexto, para la Sala resulta palmario que en la decisión cuestionada se expusieron los motivos por los cuales era factible la aplicación de la Ley 1908 de 2018, que adicionó el artículo 317 A al Código de Procedimiento Penal, respecto de lo cual se concluyó que los hechos jurídicamente relevantes plasmados en la acusación indicaban que el

procesado hacía parte de un grupo delincuencia organizado, en los términos descritos por la citada disposición. Aunado a que los mismos tuvieron lugar durante la vigencia de la norma referida.

Así las cosas, se aprecia que la determinación cuestionada está cimentada en argumentos que consultan la razonabilidad jurídica, propia de la labor hermenéutica que debe realizar el juez a la hora de valorar e interpretar las disposiciones que regulan el asunto.

En consecuencia, los razonamientos expuestos en el auto cuestionado no pueden controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando de manera alguna se perciben ilegítimos o caprichosos. Por tanto, la providencia censurada resulta inmutable por el sendero de este accionamiento, pues el mismo no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento se convertiría prácticamente en una tercera instancia.

Asimismo, las razones esgrimidas por el accionante son incompatibles con este mecanismo constitucional, pues admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites por los presuntos desaciertos en la interpretación de las disposiciones jurídicas, se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, además los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el canon 29 Superior.

Por las razones que anteceden, se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriada esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

2 En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del

precedente y viii) violación directa de la Constitución.