

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP8199 – 2021

Tutela de 2ª instancia No. 115964

Acta No. 126

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por el señor GELVER JESÚS ORJUELA, contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, el 17 de marzo de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada contra el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha, la Fiscalía 1ª delegada ante ese Despacho judicial y el abogado Camilo Alfonso Bolaños Erazo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa técnica.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Frente a los temas materia de impugnación se tienen los siguientes:

1. El 20 de junio de 2011, a eso de las 8 y 40 de la noche, en inmediaciones de la calle 1 sur No. 13ª-30 del barrio “Olivos II” de Soacha, GELVER JESÚS ORJUELA, en compañía de otros sujetos, disparó en repetidas ocasiones un arma de fuego

contra Mauricio Rico Prieto, sin lograr impactarlo, pero uno de los proyectiles alcanzó al menor F.A.R.B., causándole la muerte, motivo por el cual la fiscalía inició la indagación bajo el radicado 11-001-60-00028-2011-02164.

2. Con base en esos hechos, el 9 de noviembre de 2011, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Soacha, la fiscalía formuló imputación al señor ORJUELA, como posible autor de los delitos de tentativa de homicidio, homicidio, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cometidos en coparticipación criminal, quien aceptó esos cargos.

3. En consecuencia, en sentencia de 24 de agosto de 2012, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha lo condenó a 280 meses de prisión, sin concederle subrogado alguno. No se presentó apelación.

4. El demandante sostiene que ese fallo se emitió con violación del derecho a la defensa técnica, por cuanto, i) aceptó los cargos atribuidos por indicación de su abogada, quien le expresó que la imputación era correcta, y que mejor se allanara, porque matar a un menor de edad era muy grave, pero la realidad es que la profesional del derecho carecía de experiencia y lo engañó, por cuanto la calificación jurídica fue errada, toda vez que el homicidio fue culposo, y ii) el defensor público que lo acompañó en la audiencia de lectura de fallo no apeló, ni le preguntó si era su deseo hacerlo.

5. Por tanto, solicitó amparar del debido proceso y derecho de defensa, y corregir la actuación penal en su contra.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 9 de marzo de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca admitió la demanda. Vinculó al Ministerio Público y demás partes e intervinientes que hubiesen fungido en las audiencias relacionadas en el escrito de tutela.

2. La Procuraduría 172 Penal II de Bogotá manifestó que la acción de tutela es improcedente, por incumplimiento del principio de inmediatez, pues se presentó más de 8 años después de la sentencia contra el demandante. Añadió que la referida acción no puede usarse como si fuera una instancia adicional para debatir la formulación de imputación hecha al señor ORJUELA, menos cuando este se allanó de forma libre, consciente, asistido de un defensor. No advierte violación a los derechos del sentenciado.

3. El abogado Camilo Alfonso Bolaños señaló que no asistió al actor en la audiencia de formulación de imputación. Los delitos por los que fue condenado tienen sustento en los hechos jurídicamente relevantes expresados en la sentencia. No interpuso apelación, porque los términos de la aceptación de cargos coincidían con la sentencia, el allanamiento fue consciente, libre, asesorado por una defensora, así se verificó por el juez de conocimiento, y no fue deseo del procesado recurrir, tal como se consignó en el acta de la audiencia.

4. La Fiscalía 2ª delegada ante los Jueces Penal del Circuito de Soacha refirió que, el Juez de Conocimiento verificó la aceptación de responsabilidad del actor, evidenciando que fue voluntaria, consciente, debidamente asistido y asesorado por su defensor, emitiendo en derecho el respectivo fallo, el cual se notificó a las partes, teniendo la oportunidad el procesado y su defensa de interponer los recursos de ley.

5. El Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha manifestó que los temas relacionados con la responsabilidad del actor ya fueron definidos, y contó con la posibilidad de manifestar las irregularidades que creía que existían, sin que la acción de tutela sea una especie de instancia adicional en el proceso ordinario, además, se incumple el presupuesto de inmediatez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de marzo de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca declaró improcedente la acción de tutela, i) por inobservancia del presupuesto de inmediatez, pues la decisión judicial cuestionada data del 24 de agosto de 2012, es decir que la demanda constitucional se presentó casi 9 años después, sin que el actor brindara una justificación para esa tardanza, y, ii) por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, porque el demandante no apeló la sentencia en su contra, lo cual era viable en ejercicio de la defensa material.

Al margen de lo anterior, el actor no probó ausencia de defensa técnica en la formulación de imputación, por el contrario, la sentencia condenatoria en su contra da cuenta que su comportamiento se adecua al delito de homicidio cometido con dolo eventual sobre un

menor de edad. No puede reprocharse la estrategia de su defensa, pues la aceptación de cargos derivó de su propia voluntad de manera libre y consciente, tal como fue verificado en el proceso penal.

IMPUGNACIÓN

El actor apeló. Indicó que el principio de inmediatez no aplica, pues la acción de tutela se puede presentar en todo momento de ahí que carezca de un término de caducidad. Expresó que acudió a dicha acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

Expuso que aceptó los cargos imputados ignorando que la fiscalía hizo una errada calificación jurídica, y era deber de su defensa exigirle que lo hiciera conforme con lo que realmente aconteció. Insiste en que cometió homicidio culposo contra el menor de edad. Aseguró que fue engañado por su defensa y la fiscalía para que aceptara los cargos. Aseguró que el defensor que lo asistió en la audiencia de lectura de fallo no hizo nada en relación con la calificación jurídica de los hechos, pues ni siquiera apeló.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Problema jurídico

Determinar si la acción de tutela procede para dejar sin efectos la sentencia emitida el 24 de agosto de 2012, por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha, por la cual condenó a GELVER JESÚS ORJUELA a 280 meses de prisión, como autor de tentativa de homicidio,

homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Análisis del caso

1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) creó la acción de tutela como un mecanismo judicial para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones atribuible de las autoridades o los particulares en las situaciones específicamente precisadas 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. Cuando se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la sentencia C 590 de 20051, y se acredite que la decisión jurisdiccional incurrió en un defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución2.

4. El presupuesto general de subsidiariedad exige que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial que la persona afectada tiene a su alcance, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable. Y el de inmediatez, que la tutela se haya interpuesto en un

término razonable y proporcionado, a partir del hecho que originó la vulneración, en aras de la protección de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica³.

5. La jurisprudencia Constitucional ha sostenido que el presupuesto general de subsidiariedad se incumple cuando, i) existe un proceso judicial en curso, ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al accionante no se han agotado, y iii) es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles⁴.

6. En el presente asunto, el actor pretende dejar sin efecto la sentencia emitida el 24 de agosto de 2012, por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha.

7. Esta pretensión, sin embargo, no cumple el presupuesto de inmediatez, porque la condena quedó en firme en esa fecha, y el señor ORJUELA presentó esta demanda constitucional el 8 de marzo de 2021, es decir, cuando han pasado más de 8 años, sin un motivo válido que justifique la tardanza en su interposición.

8. Tampoco satisface el requisito de subsidiariedad, porque en su contra no se presentó recurso de apelación, estando en condiciones de interponerlo. Y no se acreditó el concurso de un perjuicio irremediable, que imponga la intervención del juez constitucional para su evitación.

9. Al margen de esto, no se advierte que en la actuación adelantada en contra del accionante se haya desconocido el derecho a la defensa, ni que por tal motivo se imponga la intervención del juez constitucional.

10. La doctrina constitucional tiene dicho que este defecto solo se presenta ante errores protuberantes de gestión, que cumplan las siguientes características: “(i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica. (ii) Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia. (iii) La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial”⁵.

11. En este trámite, el actor no acreditó que el defensor que lo acompañó en la audiencia de formulación de imputación hubiera incumplido su rol de asesor, siendo razonable que acudiera a la alternativa de allanarse a los cargos atribuidos por el ente acusador, dado que, i) la calificación jurídica provisional encontraba respaldo fáctico y probatorio, y ii) se tenía importante evidencia de responsabilidad.

Para ese momento, la Fiscalía contaba con el potencial testimonio de la víctima de la tentativa de homicidio, Mauricio Rico Prieto, quien le atribuyó al señor ORJUELA el ataque en su contra, disparando indiscriminadamente en una vía pública un arma de fuego, en compañía de dos sujetos, que también identificó.

También tenía a su disposición las entrevistas de varios testigos de los hechos, incluyendo a

la señora madre del niño que falleció, quienes señalaban al procesado como el responsable de la agresión.

Complementariamente, disponía de las fotos del sitio de los hechos y de evidencia que daba cuenta de la muerte del menor en el lugar de los disparos, por impacto de bala – epicrisis y acta de levantamiento de cadáver. Y el procesado aceptó que carecía de permiso para portar armas de fuego.

12. Sumado a esto, se contó con la aceptación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada de GELVER JESÚS ORJUELA, todo lo cual permitió proferir sentencia por las tres conductas delictivas, incluida la muerte del menor a título de dolo eventual, lo cual se erige en una decisión razonable, atendidas las exigencias legales, probatorias y jurisprudenciales requeridas para hacerlo.

13. El accionante no prueba que la decisión de aceptación de responsabilidad o su consentimiento hubiese estado viciado por un error inducido por su defensa, como para pensar que ésta actuó en contravía al deber de diligencia profesional y de su papel en el proceso penal. Tampoco se avizora violación de garantías fundamentales.

14. La decisión del defensor de no apelar la sentencia no es tampoco motivo para afirmar la ausencia de gestión, porque la misma fue dictada en correspondencia con los cargos voluntariamente aceptados, situación que tornaba improcedente el recurso por discrepancias con la calificación jurídica de las conductas, por implicar

una retractación.

15. Por último, es imprescindible relieves que el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha verificó que la aceptación de cargos se realizó de forma voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada, y adicionalmente a ello que se contaba con el mínimo probatorio exigido para inferir razonablemente la autoría del procesado en las conductas atribuidas y su tipicidad.

15. En síntesis, la presente acción de tutela no procede por incumplimiento de los presupuestos de inmediatez y residualidad, y en todo caso, porque el demandante no probó el defecto denunciado en su alzada, por tanto, se confirmará la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

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,

1. Confirmar el fallo dictado el 17 de marzo de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

2. Notificar esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 “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”

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

3 SU 184/19

4 T-103/2014.

5 T 463-2018.