

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP9808-2021

Radicación n° 117561

Acta No 195

Bogotá, D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, la Sala resuelve la impugnación propuesta por Estin Gray Ortiz Balaguera contra el fallo de tutela proferido el 3 de junio de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que declaró improcedente el amparo invocado contra el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, con ocasión de la sentencia condenatoria emitida dentro del proceso penal 2019-00212.

Al trámite fueron vinculados la Fiscalía 30 Seccional de Santa Marta, la Procuraduría 360 Judicial I de la misma capital y la Dirección Seccional de la Fiscalía de Magdalena.

1. ANTECEDENTES

El a quo sintetizó los hechos en que se sustenta la solicitud de amparo en los siguientes términos:

« 2.1. Refirió el accionante, haberse visto involucrado en la comisión de un punible,

perpetrado el pasado 12 de julio de 2019, en el que se le dio muerte al ciudadano HELED SAGHAIR GRANADOS.

2.2. Añadió que derivado del diligenciamiento penal tramitado en su contra por esos hechos, aceptó su responsabilidad y suscribió preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación, consistente en condenársele a 212 meses de prisión por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO, degradando su participación de coautor a cómplice; acuerdo que fuera debidamente aprobado, sin que las partes promovieran objeciones.

2.3. No obstante, señaló que el pasado 15 de marzo de 2021 el Juzgado 5 Penal del Circuito de Santa Marta lo condenó por los referidos delitos a la pena de 336 meses o 28 años de prisión, sin que se promovieran recursos.

2.5. Indicó haber promovido oportunamente recurso de apelación a motu proprio contra la sentencia proferida en su contra, frente a lo cual, el Juzgado 5 Penal del Circuito de Santa Marta injustificadamente se lo rechazó.

2.6. Las anteriores circunstancias, en el sentir del extremo accionante, constituyen una vulneración a sus garantías fundamentales de modo que solicita en sede de tutela que se conceda el amparo deprecado y consecuentemente se modifique la condena impuesta en su contra el pasado 15 de marzo de 2021 por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Santa Marta, en el sentido de imponerle solo 212 meses de prisión, como lo preacordara con la Fiscalía General de la Nación.»

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, destacó tres problemas a desatar conforme a los planteamientos del actor, a saber, (i) si se evidenciaba trasgresión a derecho fundamental alguno con ocasión de la sentencia condenatoria emitida

en contra de Estin Gray Ortiz Balaguera; (ii) si era procedente la acción de tutela contra el auto adiado 25 de marzo de 2021 que rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la aludida providencia y (iii) si se debe conceder, negar o declarar improcedente el amparo deprecado por el extremo accionante.

Frente al primero, estimó que no se constataba trasgresión a derecho constitucional alguno, dado que el alegato del accionante, según el cual, no se respetó la pena preacordada carece de respaldo en la actuación, porque el fallo condenatorio del 15 de marzo de 2021, obedeció al allanamiento a cargos que fuera realizado en audiencia del 27 de octubre de 2020.

Aclaró, conforme a las respuestas allegadas, que el preacuerdo que reclama el quejoso, aun cuando, en efecto, se presentó ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta e inicialmente fue aprobado el 13 de noviembre de 2019, fue dejado sin efecto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta el 20 de mayo de 2020, razón por la cual, no surte consecuencia jurídica alguna.

Situación que fuera clara para el demandante, en la medida que se le notificó tanto a él como su apoderado a través de comunicaciones escritas, pero además le fue explicado en la diligencia de formulación de acusación, a la que asistió, de manera clara y previo a aceptar cargos.

Como también se hizo respecto de la pena a la que sería acreedor al admitir su responsabilidad en dicha diligencia, y que no consistió en la sanción que invoca en el libelo constitucional.

Sin que hubiese exteriorizado, en momento alguno, su intención de intervenir para exponer inconformidad con el quantum punitivo determinado.

Consecuente con lo dicho, sostuvo que no se identificó por parte del demandante o de

forma oficiosa circunstancia que habilite la intervención del juez de tutela.

En cuanto al segundo planteamiento, tampoco encontró procedente la demanda de amparo, ya que la decisión de rechazar el recurso de apelación propuesto contra la sentencia se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, por cuanto, revisada la audiencia del 15 de marzo de 2021, en la cual se dio lectura al fallo emitido en contra de Ortiz Balaguera, ni éste o su apoderado promovieron recurso alguno, muy a pesar que el titular del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta los requiriera para el efecto, quedando la decisión condenatoria ejecutoriada.

Diferente fue que, pasados 7 días hábiles después de la audiencia, el accionante elevara memorial ante el Juzgado accionado, arguyendo la interposición de un recurso de apelación contra la condena, solicitud que claramente devino en su rechazo por extemporáneo a la luz de lo normado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, conforme se consignó en auto del 25 de marzo de 2021.

En línea con lo anterior y en respuesta al tercer planteamiento, encontró el Tribunal improcedente la demanda constitucional en la medida que el libelista no activó el mecanismo de defensa que tenía para debatir la sentencia condenatoria emitida en su contra.

3. LA IMPUGNACIÓN

El accionante reitero en su reclamo constitucional y, en particular, el no acatamiento del preacuerdo suscrito con la Fiscalía, según el cual, se degradaría su grado de participación de coautor a cómplice, y con ello, impondría una pena de 220 meses de prisión.

Indicó que no conocía que dicho acto procesal había perdido efectos con ocasión del recurso de apelación promovido por el representante de víctimas y, consecuente con ello, insiste, él aceptó responsabilidad en los términos del convenio realizado con la Fiscalía 30 Seccional de

Santa Marta.

Asimismo, reprobó la negativa a conceder su recurso de apelación, ya que quien tenía dicha obligación era su defensor, además de que no obra en el expediente documento en el que conste los actos escritos en los que conste su debido enteramiento. De manera que, solicita se revise las probanzas, en particular, los registros de audiencias que demostrarían la vulneración de sus derechos fundamentales.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.2.1 Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra la providencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta, de la cual la Corte es 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 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, si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. De otro lado, cuando lo que se propone es la trasgresión de prerrogativas constitucionales a razón de la emisión de decisiones judiciales, según ocurre en el presente asunto, en repetidas ocasiones la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala ha reiterado que el amparo constitucional no es sólo excepcional, sino excepcionalísimo. Ello para no afectar la seguridad jurídica y como amplio respeto por la autonomía judicial garantizada en la Carta Política.

En esa línea, la Corte Constitucional en sentencia T-780 de 2006 señaló:

“[...] La eventual procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y otras providencias que pongan fin al proceso tiene connotación de excepcionalísima, lo cual significa que procede siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos muy estrictos que la jurisprudencia se ha encargado de especificar.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es por ello por lo que, la jurisprudencia constitucional ha venido en desarrollar una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros específicos, que apuntan a la procedencia misma de la acción¹, a los cuales, quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

3.1. En cuanto a los primeros, estos implican (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) 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; (iii) 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; (iv) que, cuando se trate de una irregularidad procesal, quede 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; (v) que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que estos se hubiesen alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible y, por último, (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

3.2. En relación con los segundos, la jurisprudencia antes referida ha reiterado que para verificar su cumplimiento se debe lograr la demostración de por lo menos uno de los siguientes vicios: (a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); (b)

un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); (c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); (d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); (e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); (f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); (g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) o (h) la violación directa de la Constitución.

4. En el presente caso, Estin Gray Ortiz Balaguera, a través de su demanda, censura el fallo condenatorio emitido en su contra, al no estar de acuerdo la pena que le fue impuesta como responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, bajo el supuesto, que no se respetó el quantum punitivo que fuera preacordado con el ente investigador.

A lo que agrega, se le cercenó su derecho a la segunda instancia, al rechazarse el recurso de apelación que impetró contra el fallo de condena.

5. En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver se remite a constatar la procedencia de la acción de tutela contra el fallo emitido el 15 de marzo de 2021 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta, por el cual, se condenó -vía allanamiento a cargos- a Estin Gray Ortiz Balaguera como responsable de las conductas punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, a la pena principal de 336 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

Asunto, respecto del cual, la respuesta se ofrece negativa, por cuanto revisado el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, no se satisface el de subsidiariedad.

5.1. En efecto, no hay duda de que el asunto que concita la atención de la Sala tiene relevancia constitucional, en tanto se invoca la protección de derechos fundamentales que se denuncian quebrantados a partir del ejercicio de funciones propias de la administración de justicia, sin embargo, ello no es suficiente para asumir el análisis de fondo de la acción, pues según quedara expresado anteriormente, es necesario que también se verifique el requisito relativo al agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que el afectado tenía a su alcance para exponer su inconformidad.

En ese sentido, recuérdese que la jurisprudencia constitucional, así como la de esta Colegiatura, ha sido reiterativa en señalar que en virtud del principio de subsidiariedad de este excepcional medio, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias y sólo ante la ausencia de dichos senderos o, cuando las mismas no son idóneas o efectivas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de tutela.

De modo que, el carácter residual del instrumento constitucional impone al interesado la obligación de desplegar su actuar dirigido a poner en marcha los recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías fundamentales.

A tal punto que, si existiendo el medio judicial de defensa apto, el quejoso deja de acudir a él, no podrá posteriormente procurar esta herramienta en procura de lograr la guarda de un derecho fundamental², salvo que demuestre su falta de idoneidad o eficacia en el caso concreto.

5.2. Criterio que al examinarse en el presente asunto no se advierte satisfecho, ya que Estin Gray Ortiz Balaguera no agotó el recurso ordinario de apelación, instrumento a través del cual podía exponer todas aquellas razones por las que no compartía la sentencia dictada en su contra, en particular, lo atinente a la pena fijada en la sentencia condenatoria emitida en su contra; lo cual, además, eventualmente, le habría generado la oportunidad de acudir en

sede extraordinaria de casación.

5.3. Y si bien en la demanda, parte fundamental de la réplica constitucional hace alusión al cercenamiento de tal posibilidad, ese reparo no tiene respaldo en la actuación surtida ante el juez cognoscente, ya que, verificado el registro de la audiencia del 15 de marzo de 2021 en la cual se dio lectura al fallo, se constata que Estin Gray Ortiz Balaguera fue notificado en estrados de la decisión y no expresó su intención de promover recurso de apelación aun cuando el despacho habilitó genéricamente la posibilidad para tal efecto.

En ese sentido, si bien es cierto que no se le interrogó directamente al procesado acerca de si era su intención promover apelación, pues sólo lo fue a su defensa técnica, no lo es menos que en la diligencia el actor tampoco exteriorizó, expresión verbal o gestual que exhibiera su deseo de intervenir en tal senda -contrario a lo que afirma en su libelo-; luego, se tiene que a pesar de estar habilitado para postular cualquier inconformidad que le suscitara el fallo adoptado en la audiencia, simplemente dejó fenecer dicha opción.

Omisión que no podía subsanar el quejoso, posteriormente, a través del escrito que fuera radicado el 24 de marzo -vía correo electrónico-, en la medida que, como le fuera explicado en proveído del 25 siguiente, se mostraba extemporánea una tal postulación conforme lo normado en la Ley 906 de 2004, artículo 179 de la Ley 906 de 2004, que dispone:

ARTÍCULO 179. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. Artículo modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010. El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días. (Énfasis ajeno al texto original)

Normativa respecto de la que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación Judicial ha fijado de manera diáfana y concreta el criterio jurídico que debe

aplicarse en torno al correcto desarrollo en el trámite a seguir para efectos del adecuado uso del mecanismo de impugnación de sentencias, señalando para ello que:

1. De la interposición del recurso de apelación contra sentencias.

[...]

Finalmente, el trámite del proyecto de ley culminó con el proferimiento de la Ley 1395 de 2010, que en su artículo 91 modificó el 179 de la Ley 906 de 2004, norma hoy por hoy vigente, así:

El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días. (Subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, la interpretación exegética y teleológica de la norma analizada, obliga concluir que el recurso de apelación en contra de una sentencia debe interponerse en la audiencia de lectura de decisión; y, la sustentación del mismo podrá presentarse de manera oral, en la misma audiencia, o por escrito, dentro de los cinco días siguientes a su culminación.

[...]

La interpretación hermenéutica de ambas disposiciones conduce a que, como quiera que por regla general las providencias se notifican en estrados, si alguna parte o interviniente no comparece a la audiencia de lectura de decisión, a pesar de haberse hecho la citación en debida forma, se entenderá surtida la notificación en la misma audiencia, momento procesal

en que resulta oportuna la interposición del recurso de apelación, por lo que cualquier manifestación por fuera de la audiencia devendría extemporánea.

Excepción a lo anterior es cuando la parte o interviniente que no comparezca a la audiencia justifique su inasistencia por caso fortuito o fuerza mayor, caso en el cual la decisión se entenderá notificada en el momento de aceptarse la excusa, momento propicio para la interposición de la alzada.

[...]

En ese sentido, la obligación de notificar personalmente las decisiones proferidas por fuera del término de ley, está justificada en la necesidad de materializar el principio de publicidad (art. 18 C.P.P.), a fin de que las partes e intervinientes del proceso hagan uso del derecho a la contradicción (art. 15 ibídem); deber que surge siempre que se trate de providencias que no deban proferirse en audiencia, pues, en esos casos, el trámite a seguir es el siguiente: a) el juez debe convocar la audiencia (art. 171 C. P. P.), b) las partes e intervinientes deben ser citados en la forma prevista en el Código de Procedimiento Penal (arts. 172 y 173 ejusdem) y, c) la notificación debe entenderse surtida en estrados, en la misma audiencia, salvo que la incomparecencia de algún sujeto procesal esté justificada en un caso fortuito o fuerza mayor, caso en el cual la notificación se entenderá realizada desde el momento en que se acepte la justificación (arts. 147 y 169 ibídem) (CSJ AP122-2017, 18 de ene. 2017, rad. 47474).

En ese contexto, se tiene entonces que el trámite del recurso de apelación de sentencias, por regla general, se puede dividir en dos momentos procesales perfectamente diferenciables; el primero, la interposición y sustentación simultánea, es decir, ambos actos se llevan a cabo en la misma audiencia de lectura de decisión; y el segundo, la interposición del medio de impugnación en la respectiva diligencia, y la sustentación, de forma escrita, con posterioridad.

Y quedó claro en el presente asunto, que en la diligencia lectura a la sentencia, ninguna de las partes promovió el recurso, en particular el procesado, pese a estar presente, y consecuente con ello, la postulación que días después elevó resultaba fuera de término.

En ese orden de ideas, si el demandante no agotó en debida forma el mecanismo de defensa judicial que le proporcionaba el ordenamiento jurídico para proponer sus reparos respecto de la sentencia condenatoria emitida en su contra, no puede pretender emplear la acción constitucional como mecanismo supletorio, ya que eso atenta contra su naturaleza residual y subsidiaria.

5.4. Adicional a lo dicho, no se verifica una circunstancia que permita superar el anterior presupuesto ante una evidente trasgresión a un derecho fundamental, dado que no aparece acreditado que se hubiese presentado un vicio en su voluntad al allanarse a cargos bajo el entendido que correspondía a la ratificación del preacuerdo previamente suscrito, por cuanto revisadas las audiencias del 27 de octubre de 2020 y 1º de febrero del año en curso, se aprecia que en las dos que, las partes e intervinientes al contextualizar el caso dieron cuenta que el preacuerdo que se suscribió previamente había sido improbadado en sede de apelación, incluso, la defensa, llamó la atención a ello para denotar que la voluntad del procesado de admitir su responsabilidad se exteriorizó antes de que se radicara escrito de acusación y, por consiguiente, debía reducirse la sanción de hasta la mitad que no de una tercera parte, como lo deprecaban el representante de víctimas y del Ministerio Público en atención a la fase en que se encontraba la actuación.

Igualmente, se le puso de presente al tutelante las penas que podían imponérsele con ocasión de la aceptación de los cargos conforme con los delitos atribuidos y escuchó el debate que se generó respecto del descuento que podría ser acreedor, lo cual era clara evidencia que no había una sanción fijada por voluntad de las partes.

5.5. Consecuente con lo anterior, surge diáfano que no se observa motivo alguno para

revocar la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que declaró improcedente la petición de amparo promovida por Estin Gray Ortiz Balaguera, en tanto, se repite, el accionante declinó consciente y voluntariamente la posibilidad de debatir las inconformidades que le suscitaba la decisión de primer grado a través del medio idóneo y eficaz que el ordenamiento procesal penal para ese momento le proveía y que no era otro que, el recurso de apelación que podía promover, incluso, de forma directa.

6. Ahora, adicional a lo anterior, la Sala debe indicar respecto de la ponencia que en su momento fue presentada y que, en esencia, exponía la obligatoriedad (es decir, incluso de forma oficiosa) de que todos los fallos de carácter condenatorio sean revisados por el superior en aplicación de la garantía de la doble conformidad³, las razones por las cuales no comparte tal conclusión.

6.1. Como destacó la Sala mayoritaria de la Corte en reciente providencia adoptada el 13 de mayo del presente año (radicado 107724)⁴, al abordar un asunto de contornos similares al sub judice, la regulación del principio de la doble conformidad a partir de las directrices emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 no procuró que las decisiones condenatorias fueran necesariamente ratificadas por otra autoridad judicial, sino la superación del vacío que se advertía en casos específicos para dar plena aplicación a la garantía instaurada en el artículo 29 de la [Constitución Política](#) de Colombia, que señala el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

A este respecto, en providencia del 13 de mayo pasado, emitida dentro del radicado 107724, la Corte en Sala mayoritaria sostuvo:

«La teoría de la doble conformidad, diseñada para garantizar la discusión contra decisiones que al tiempo que imponen por primera vez una condena carecen de recursos ordinarios, como acontece, por ejemplo, con las decisiones que por primera vez dicta un Tribunal al resolver un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, o como sucedía contra

las que en única instancia dictaba la Corte contra aforados constitucionales, y que dio lugar a la expedición del Acto legislativo número 01 de 2018, para colmar un déficit de protección a la posibilidad de controvertir decisiones condenatorias que se profieren por primera vez, es inaplicable en el presente caso y a situaciones similares.

En efecto, en la sentencia C 792 de 2014, la Corte Constitucional consideró que 'se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve al condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena.' En tal sentido resolvió: 'Declarar la inconstitucionalidad parcial con efectos diferidos, de las normas acusadas de la Ley 906 de 2004, en cuanto omitieron la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y declarar exequible el contenido positivo de esas mismas disposiciones.'

Esto quiere decir que los artículos 20, 32, 161, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, que corresponden a las normas examinadas en la Sentencia C 792 de 2014, son constitucionales en cuanto propician sin restricciones el derecho a impugnar las sentencias condenatorias que se profieren por primera vez, como ocurre con las dictadas por los jueces penales municipales, jueces penales del circuito y Tribunales en primera instancia. De manera que estas situaciones, en su sentido positivo, no tienen relación con el Acto Legislativo 01 de 2018, diseñado expresamente para superar el contenido negativo de las normas de la Ley 906 de 2004 mencionadas.»

6.2. Según se precisó en la providencia en cita no es necesario partir de la idea que el derecho a la impugnación y la segunda instancia tienen alcances diferentes, en tanto como se expresara en la sentencia C-792 de 2004, la doble instancia a la que se accede a través del recurso de apelación es medio de la realización del derecho a la impugnación:

«Sin perjuicio de lo anterior, ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación.»

Luego, como bien, lo destacó esta Corporación en la providencia aludida, si de lo que se trata es de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, es claro que tal cometido se cumple a través del establecimiento de un recurso con tal propósito, el cual permita controvertir sin ninguna limitación los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia condenatoria por el afectado con la decisión.

6.3. De igual manera, como lo reseñó la Sala mayoritaria en el proveído mencionado, no hay lugar a considerar que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, por su carácter fundamental, exija la mediación oficiosa del funcionario judicial, hasta el punto de que si el condenado no interpone recursos se debería propiciar la revisión de la decisión condenatoria por una instancia superior, igualmente si no se la recurre oportunamente o, incluso, si se desiste después de haberla impugnado, pues como derecho subjetivo, pertenece al ámbito de la soberanía individual.

En ese orden de ideas, se garantiza el derecho cuando se establece el instrumento y concede la oportunidad al interesado para interponerlo, tal y como se precisó en el proveído del 13 de mayo pasado (radicado 107724):

«En ese contexto, véase que en la sentencia C 792 de 2014, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria se concibió como un derecho subjetivo del condenado, es decir, como una facultad que depende de su albedrío, pensado para cubrir un déficit de protección procesal y sustancial frente a decisiones condenatorias inimpugnables a través del sistema

de recursos ordinarios, una situación que en ningún caso se presenta en los casos en donde quien dicta la primera decisión de ese tipo es un Juez, como ocurre ahora, y no como un recurso oficioso.

En efecto, al referirse al núcleo del derecho, la Corte Constitucional en la sentencia C 792 de 2014, señaló:

‘El derecho a la impugnación otorga la facultad a las personas que han sido condenadas en un juicio penal controvertir el fallo incriminatorio ante una instancia judicial distinta de quien dictó la providencia, es decir, para atacar las bases y el contenido de la sentencia que determina su responsabilidad penal y que le atribuye la correspondiente sanción.’

Por esta razón, en el numeral 7 del artículo 3 del acto Legislativo Número 1 de 2018, que reformó el artículo 235 de la [Constitución Política](#), expresamente se señaló lo siguiente:

‘Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1,3,4, 5 y 6 del presente artículo o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.’»

Y por lo dicho se acoge el argumento según el cual:

«... desde el nivel constitucional, se delineó que la impugnación no es un recurso oficioso sino rogado y de allí la expresión ‘solicitud’ empleada en el texto, que hace énfasis en la necesidad de que la revisión de la sentencia condenatoria sea la consecuencia de un acto de parte y no un examen oficioso a manera de una consulta abiertamente improcedente desde esta perspectiva.

Por consiguiente, a partir de una interpretación del texto constitucional, la necesidad de la 'solicitud' como condición de procedibilidad para que la primera sentencia condenatoria sea revisada, no se circunscribe únicamente a los procesos señalados en el artículo constitucional citado, sino a todas las actuaciones procesales en las que se haya dictado una providencia condenatoria por primera vez.»

6.4. Bajo las anteriores premisas, el escrutinio del caso de autos muestra que el tutelante, se reitera, no agotó de manera oportuna el recurso de apelación habilitado para discutir la sentencia emitida en su contra, luego, no es dable que la impugnación entre a surtir de manera oficiosa, en tanto que dicha garantía es en esencia un acto de parte vinculado al libre albedrío de su titular y, bajo tal línea procesal de conducta, su renuncia o pretermisión de los requisitos para que se habilite, no puede ser desconocida para dar paso a una apelación oficiosa.

Pues, se reitera, la garantía de doble conformidad no opera en forma automática, sino que está supeditada al cumplimiento de las cargas procesales de interposición y debida sustentación del recurso respectivo, condiciones que en el presente caso no se cumplieron.

7. Consecuente con lo anterior, se confirmará la decisión impugnada.

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

RESUELVE

Primero-. CONFIRMAR el fallo recurrido.

Segundo-. REMÍTASE el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero-. NOTIFÍQUESE de acuerdo con lo previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

SALVÓ VOTO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SALVÓ VOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

ADHESIÓN DE SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 117561

Accionante: Estin Gray Ortiz Balaguera

Dado que comparto las razones del disenso expresado por el Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER en la decisión del asunto de la referencia, pues considero que la ofusosidad del derecho a la doble conformidad se debe imponer porque la primera sentencia por ser condenatoria puede afectar derechos fundamentales del procesado, la presunción de inocencia, limita el derecho a la libertad, los derechos civiles y políticos, y por mandato constitucional el Juez debe ser garante del ordenamiento jurídico no solamente del legal sino también del constitucional y en este caso por Acto Legislativo 01 de 2018 la primera condena debe obtener conformidad de otra autoridad; me adhiero a ellas y me remito a las mismas.

Atentamente,

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

Fecha ut supra.

- 1 CC C-590-2005 y T-332-2006.
- 2 CC T-480/11
- 3 Así se expresaba en el proyecto derrotado.
- 4 M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa.
- 5 Sobre este particular, cfr. CC SU215 de 2016.