

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

CUI: 11001020400020210263500

STP1129-2022

Radicación n.º 121272

Acta n.º 007

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela presentada por el apoderado de Edwin Andrés Malagón Fajardo, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el Juzgado 34 Penal del Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, Fiscalía 189 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, Defensoría del Pueblo Regional, todas estas autoridades con sede en la capital de la República, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Al presente trámite fueron vinculados el defensor público Julián Guillermo Nieto, así como a las demás partes e intervinientes dentro de la causa penal adelantada en contra del accionante, la cual se distingue con el radicado 2018-055871.

1. LA DEMANDA

Señala el libelista que, en contra de su mandante, se adelantó proceso penal por el delito de

hurto calificado y agravado, diligencias cuyo conocimiento fue asignado a la Fiscalía 189 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá y, su juzgamiento, al Juez 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad.

Afirma que, en audiencia concentrada del 19 de julio de 2019, su representado indemnizó a la víctima, haciendo entrega de \$300.000.00 y quedando pendiente el pago de otro monto de dinero igual.

Indica que el 25 de febrero de 2020 se llevó a cabo la instalación de la audiencia de juicio oral, pero que la misma no se llevó a cabo porque, en virtud del acuerdo al que habían llegado previamente las partes, se solicitó al juez de conocimiento variar la diligencia para que el procesado aceptara los cargos.

Asegura el libelista que, no obstante, el anterior panorama, a su representado no se le reconocieron las circunstancias de menor punibilidad previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 55 del Código Penal, esto es, carecer de antecedentes penales y haber indemnizado a la víctima, así como tampoco se le otorgó la debida rebaja por el allanamiento a cargos, pues esta debió ser de 1/3 parte y no de 1/6, como finalmente aconteció.

Añadió que la sanción impuesta a Edwin Andrés Malagón, resulta desproporcionada si en cuenta se tiene que no existió una gran afectación a la sociedad, pero que aún así, la misma fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, quien pasó por alto los aspectos que acá se han planteado. Adicionalmente, adujo que la labor ejercida por el defensor público que asumió el caso, no fue la más apropiada, ya que dejó de lado tácticas de defensa más idóneas que hubieran sido más benéficas al procesado, lo que se traduce en una afrenta del derecho de defensa.

Por lo anterior, solicita se anule la actuación procesal adelantada contra Edwin Andrés Malagón Fajardo y se ordene rehacer el proceso que acá se cuestiona.

2. RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

1. La Juez 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, señaló que el 22 de abril de 2020, ese despacho profirió sentencia condenatoria por allanamiento, en contra de Edwin Andrés Malagón Fajardo, imponiéndole una pena de prisión de 120 meses por el delito de hurto calificado y agravado, decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 17 de julio de ese mismo año.

La titular del Despacho accionado, rechazó las acusaciones planteadas por el libelista sobre una presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor, por cuanto que, a lo largo del proceso penal, se verificó el respeto por el debido proceso, al tiempo que las actuaciones y decisiones tomadas por el procesado, fueron asistidas por un profesional del derecho.

Finalmente resaltó que, las circunstancias de menor punibilidad previstas en el artículo 55 del Código penal, no equivalen a circunstancias de atenuación, luego las mismas inciden para la escogencia del cuarto de movilidad en el cual se va a fijar la pena, mas no para la tasación de la misma.

2. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de uno de sus integrantes, realizó un recuento de la actuación procesal, resaltando que, contra la sentencia de segunda instancia, en virtud de la cual se confirmó la de primer grado, las partes no interpusieron recurso extraordinario de casación.

3. A su turno, el Fiscal 189 de la unidad Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, señaló que el trámite procesal cuestionado, fue adelantado con plena observancia del debido proceso y con el total acatamiento de las ritualidades previstas en la Ley 906 de 2004.

Indicó que en el caso sub examine, no se observó respeto alguno por el principio de inmediatez, ya que la demanda constitucional se promueve un año y cinco meses después de haber cobrado ejecutoria la sentencia de segunda instancia. Añadió que lo pretendido por el actor, es hacer de la tutela una instancia adicional.

Manifestó que no era cierto que se hubiera cumplido con el compromiso de indemnización integral, pues a pesar de que el monto a pagar por ese concepto se fijó en \$600.000, el procesado sólo pagó el 50% de esa cifra.

Rechazó el argumento del libelista en virtud del cual pretende obtener rebaja por la confluencia de circunstancias de menor punibilidad, cuando las mismas sirven es para seleccionar el cuarto de movilidad para la individualización de la pena.

4. Por su parte, el defensor Público Julián Guillermo Nieto precisó que él se encargó de la defensa del actor a partir de la vista preparatoria, y señaló que no era cierto que, durante el desarrollo de la audiencia concentrada del 19 de julio, se hubiera efectuado alguna manifestación de indemnización por parte del procesado, pues sencillamente él no acudió a esa diligencia.

Adujo que tampoco era cierto que el juicio oral se hubiera instalado el 25 de febrero de 2021, pues la vista de juzgamiento inició fue el 3 de diciembre de 2019, fecha en la que incluso se recepcionó un testimonio de cargo. Aclaró que el 25 de febrero sí se solicitó una suspensión de la audiencia para poder asesorar de la mejor manera posible al procesado, llegándose allí a la conclusión de que lo mejor era indemnizar a la víctima y manifestar la aceptación de cargos, ya que tal proceder iba a incidir positivamente en el cuatrum de la pena, según lo previsto en el artículo 269 del Código Penal.

Finalmente precisó que, si el ejercicio de la Defensoría pública no fue más eficaz y eficiente, ello se debió a la falta de colaboración del procesado, quien no suministró datos ni elementos para plantear una defensa más sólida, pero que no obstante ello, la función se

ejecutó de la mejor manera posible, garantizando el derecho de defensa técnica de Malagón Fajardo.

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021 toda vez que el ataque constitucional involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual esta Sala es superior funcional.
2. Como bien lo refiere el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela 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, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. El problema jurídico a resolver en el presente asunto, se contrae a determinar si las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales del actor al haber proferido las sentencias del 22 de abril de 2020, en virtud de la cual se condenó al actor a la pena de 120 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, y la del 17 de julio de ese mismo año, que confirmó en segunda instancia la decisión de primer grado, ello por haber incurrido, presuntamente, en una vía de hecho al momento de fijar la pena allí impuesta.
4. Con el fin de atender la queja propuesta, importa precisar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela cuando se propone contra decisiones judiciales se torna excepcional, toda vez que lejos está de ser una instancia adicional a la cual se pueda acudir con el fin de derruir sus efectos, salvo que concurra una vía de hecho, criterio que se ha venido desarrollando por las causales específicas de procedibilidad.

En tal virtud se han fijado una serie de pautas con las cuales se restringe el uso y el abuso del mecanismo constitucional, de manera que quien acuda a él realmente lo emplee como el último recurso a su alcance, pues de lo contrario se atenta contra la estructura de las jurisdicciones y procedimientos que previamente han sido fijados, resaltándose así la naturaleza residual y subsidiaria de la acción.

En ese sentido, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: genéricos y específicos, 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 y contrariar su esencia, que no es distinta a denunciar la transgresión de los derechos fundamentales.

Dentro de los primeros se encuentran a) que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional, que afecte derechos fundamentales; b) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; c) que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; d) que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo; e) que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; f) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y, además, que esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible, y g) que no se trate de sentencias de tutela.

Los segundos, por su parte, apuntan a que se demuestre que la providencia adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución.

En ese orden, el interesado debe demostrar de manera clara cuál es la irregularidad grave

en la que incurrió el funcionario judicial, cuál es el efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y cómo afecta sus derechos fundamentales. No basta con aducir cualquier anomalía o desacierto dentro del proceso para que por vía de amparo pueda revisarse la actuación de un funcionario judicial, en tanto que el juez constitucional no es una instancia adicional revisora de la actuación ordinaria.

En otros términos, es factible acudir a la tutela frente a una irrazonable decisión judicial. Y el error de la autoridad debe ser flagrante y manifiesto, pues no puede el juez constitucional convertirse en un escenario supletorio de la actuación valorativa propia del juez que conoce el proceso. Ello desconocería su competencia y autonomía.

5. Con fundamento en la demanda de tutela y los demás elementos de convicción que reposan al interior del expediente constitucional, la Sala estudiará la procedencia de la presente solicitud de amparo en contra de providencia judicial.

Como primera medida, resulta incuestionable que se está frente a un asunto de relevancia constitucional, pues se trata de analizar si las autoridades judiciales accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales del demandante en tutela, al proferir las sentencias de primera y segunda instancia en virtud de las cuales se le impuso, y confirmó, la pena de 120 meses de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado, sanción que se acusa de no estar ajustada a los postulados legales.

En cuanto al agotamiento de todos los medios de defensa ordinarios, encuentra la Sala que en el presente caso ello no ocurrió, pues pudo establecerse que, ni el accionante ni su defensor, hicieron uso del recurso extraordinario de casación en contra de la decisión de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 17 de julio de 2020, y notificada el día 30 de ese mismo mes y año, desechando así el medio de impugnación eficaz por conducto del cual pudo haber planteado las discusiones que ahora trae a consideración del Juez constitucional, perdiendo de esa manera la oportunidad de

que sus quejas fueran atendidas y resueltas por el juez competente para ello.

Ninguna justificación se observa al interior del expediente, para explicar las razones por las cuales no se hizo uso del referido medio de impugnación, razón por la cual el Juez de tutela queda inhabilitado para poder entrar a efectuar valoraciones de fondo sobre los argumentos expuestos en su fallo por el Juzgado accionado, pues de hacerlo, estaría desconociendo el carácter residual y subsidiario que le ha sido asignado al trámite tutelar, al tiempo que estaría invadiendo la competencia del juez ordinario competente para dirimir el asunto propuesto.

Y es que abundante ha sido la jurisprudencia constitucional que precisa la improcedencia de la acción, dado su carácter residual y subsidiario, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales aspectos, o cuando los mismos se han dejado de usar para suplantarlos con el uso de la tutela, de ahí que resulte ilegítimo que el libelista pretenda, por esta vía excepcional, alcanzar una declaración que, por motivos de competencia, le hubiera correspondido realizar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de casación que dejó de interponer el demandante en tutela contra de la decisión del 17 de julio de 2020.

Aunado a lo anterior, ha de indicarse que, aun cuando se hubiera satisfecho el principio de subsidiariedad, en el presente asunto no se cumple con el requisito de la inmediatez, pues el acto procesal que se cuestiona data del 17 de julio de 2020, es decir, se produjo hace más de año y medio, tiempo que excede ostensiblemente el concepto de plazo razonable establecido por la jurisprudencia para la interposición de una acción constitucional que pretende hacer cesar una supuesta vulneración de derechos fundamentales.

Adicionalmente, no se observa que el actor hubiera excusado de alguna manera su tardanza para acudir a la petición de amparo, de donde se desprende entonces que la ausencia del aludido principio, se encuentra injustificada.

Bajo esa perspectiva, estima la Sala que, al no haberse satisfecho los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen a la acción constitucional, la solicitud de amparo impetrada por el actor en contra de providencia judicial, se torna improcedente.

6. De otra parte, en lo que a la presunta vulneración del derecho de defensa se refiere, sea lo primero recordar cómo la Corte Constitucional, en sentencia T-018 de 2017, se refirió con respecto a esa garantía fundamental:

“4.2. La jurisprudencia constitucional define el derecho a la defensa¹ como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”².

4.3. La asistencia técnica puede ser ejercida por un abogado de confianza o por uno asignado por el Estado. El derecho de postulación es el “que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra persona”. Ahora bien, “no se trata de disminuir la capacidad para comparecer en proceso, sino de reglamentar su ejercicio en defensa de los mismos interesados y de la profesión de abogado que, por su contenido social merece protección³”.

4.3.1. De esta manera la defensa técnica se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos⁴ y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta,

mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”⁵.

En la misma decisión, el máximo Órgano de la jurisdicción constitucional efectuó un recuento sobre los eventos en los cuales se considera vulnerado el referido derecho fundamental, para lo cual indicó:

“4.4. La jurisprudencia constitucional ha esbozado unos criterios a fin de determinar en qué casos se podría constituir la vulneración de los derechos fundamentales, por falta de defensa técnica, especialmente en materia penal:

(ii) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado;

(iii) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados – sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental-;

(iv) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso” ⁶.

Y continuó indicando:

“4.5. Ahora bien, “en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa⁷”. Sin

embargo, si bien el derecho a una defensa técnica es manifestación del derecho de defensa, “aun cuando el imputado o condenado haya nombrado a un abogado de confianza o a un defensor público para asistirlo, éste se reserva el derecho de actuar en su favor dentro del expediente penal. Lo que significa que cualquier defensa de sus intereses sólo puede provenir de su apoderado o de sí mismo, y no necesariamente de su abogado defensor⁸”

(...)

4.7. A manera de conclusión la jurisprudencia constitucional sostiene que las posibles faltas en la asistencia de un abogado habilitan al afectado para reclamar su protección judicial y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios preestablecidos en el proceso, sin que tal habilitación se extienda por sí misma al amparo constitucional.”

6.1. Vista la anterior síntesis jurisprudencias y, tras consultar los elementos de convicción aportados al trámite constitucional, encuentra la Sala que, en el caso sub judice, no es posible pregonar un desconocimiento del derecho de defensa del actor, las razones son las siguientes:

a) Como primera medida, pudo determinarse que Edwin Andrés Malagón Fajardo, a lo largo del proceso penal que se adelantó en su contra, siempre estuvo acompañado y asesorado por un profesional del derecho designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, es así que, en un principio, su defensa fue ejercida por la abogada Yolanda Rojas, quien lo representó hasta la vista preparatoria, y posteriormente por el profesional del derecho Julián Guillermo Nieto.

b) Al tomar los servicios del Sistema Nacional de Defensoría Pública, Edwin Andrés Malagón fue enterado que era su obligación la de colaborar con los profesionales del derecho que lo asistirían, ello incluía entregar información e, incluso, elementos de convicción que contribuyeran con el ejercicio de su defensa, sin embargo, según lo relató el abogado Guillermo Nieto, ello no fue así, motivo por el cual su antecesora no pudo pedir el decreto de

pruebas en la vista preparatoria.

c) No obstante lo anterior, durante el juicio oral, que contrario a lo sostenido por el libelista, sí se instaló, e incluso, alcanzó a recibir el testimonio de un testigo de cargo, el defensor público del encartado agotó el correspondiente contrainterrogatorio, lo que demuestra un agotamiento del principio de contradicción y ejercicio del derecho de defensa del procesado.

d) Que una vez instalado el juicio oral, Edwin Andrés Malagón hubiera accedido a indemnizar a la víctima y a aceptar los cargos que le fueran formulados, no permite concluir que su defensa fue deficiente, pues si bien el ahora apoderado del referido ciudadano propone otras soluciones al mismo caso, ello no quiere decir que sólo esas sean las vías correctas para la resolución del asunto, pues al ser el derecho una profesión que no responde a reglas sacramentales, cada abogado puede ejercerla según sus estrategias, ello siempre y cuando asegure el buen resguardo de los intereses de su representado.

6.2. En ese sentido, advierte la Corte que, en el caso objeto de estudio, al actor le fue garantizado su derecho de defensa, tanto material como técnica, todo dentro del marco del debido proceso que rige a la actuación penal, motivo por el cual es posible sostener que dicha garantía no fue conculcada y, por lo tanto, su protección se hace innecesaria.

En consecuencia, dado que en el presente asunto el demandante en tutela, de una parte, no cumplió con el agotamiento de todos los medios de defensa ordinarios disponibles para el ejercicio de la defensa de sus derechos, desconociendo así los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen a la acción constitucional, y, de otra, no se encontró conculcado su derecho de defensa, la Sala procederá a negar la solicitud de amparo impetrada.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1°. NEGAR el amparo constitucional deprecado por el apoderado de Edwin Andrés Malagón Fajardo.

2°. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3°. De no ser impugnado este fallo ante la Sala de Casación Civil de la Corporación, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos (artículo 14), considera que el derecho a la protección judicial, salvaguarda al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder público, y que ese “es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”.

2 Sentencia C-025 de 2009.

3 Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto 025 de 1994.

4 Sentencia T-461 de 2003.

5 Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto 025 de 1994.

6 Sentencia T-654 de 1998, posición reiterada en las sentencias: T-776 de 1998, T-957 de 2006, T-737 de 2007 y T-544 de 2015.

7 Sentencia C-071 de 1995.

8 Sentencia T-471 de 2004.