

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

Radicación N° 132676

Acta No. 168

Bogotá D.C., siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por el apoderado de CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ, frente al fallo emitido el 8 de agosto del presente año, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta contra el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de esa ciudad, por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana y libertad personal.

LA DEMANDA

La parte accionante sustenta la petición de amparo en los siguientes hechos:

1. En contra de Carlos Andrés Osorio Martínez se adelanta proceso por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, bajo el radicado 050016000207202000055, dentro del cual, el 11 de noviembre de 2020 se formuló imputación ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, por la aludida conducta punible. No se impuso medida de aseguramiento.
2. La Fiscalía presentó acusación y el conocimiento recayó en el Juzgado Veintisiete Penal

del Circuito de la citada ciudad, despacho que la verbalizó el 19 de abril de 2021, mientras que la audiencia preparatoria se materializó el 23 de junio de ese mismo año.

3. La vista de juicio oral inició el 21 de junio de 2022 y culminó el 26 de enero de 2023.

4. Se precisa que el 10 de marzo de 2023 el Juzgado de conocimiento emitió sentido de fallo condenatorio, acto en el que igualmente corrió traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal a las partes, las que se limitaron a que al momento de individualizar la pena se tuviera en cuenta que el procesado no tenía antecedentes penales y por ello se partiera del mínimo.

5. Resalta la intervención del juez en dicha audiencia en punto de la libertad del acusado, donde se precisó:

“...así las cosas, el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín emite sentido del fallo carácter condenatorio en contra del ciudadano CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ en condición de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años en circunstancias de agravación punitiva normado en el artículo 211 numeral 2º.

En cuanto a la privación de la libertad del acusado del artículo 450 establece que al ser declarado culpable y no habituarse la concesión de algún subrogado penal o mecanismo sustitutivo de la pena se debe restringir la misma, salvo que no sea necesario. En el caso que nos ocupa, tenemos que el proceso estuvo presente en el desarrollo del proceso, además, no estuvo cobijado con medida de aseguramiento, contar con un arraigo definido. Por lo tanto pues, se mantendrá en libertad hasta la emisión de la sentencia. Ese es el respectivo sentido del fallo...”¹

7. En la sentencia fechada el 5 de junio de 2023, respecto de los subrogados penales indicó que en virtud de la Ley 1098 de 2006, artículo 199, no procedía ninguno de ellos. Así, en el numeral tercero de la parte resolutive dispuso:

TERCERO: Negar al señor CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ los subrogados penales y la prisión domiciliaria por las razones expuestas la parte motiva. En consecuencia, en efecto, y como actualmente el señor OSORIO MARTÍNEZ se encuentra en libertad, se ordenará la captura inmediata para que empiece a pagar la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario y carcelario que determine el INPEC”.

8. Destaca que en dicha audiencia evidenció “que en el traslado del artículo 447 del C.P.P. la trascendencia del acto pasó por alto, siendo este un aspecto de la mayor trascendencia para fijar lo que ya estaba consignado en la sentencia, esta advertencia se realizó teniendo en cuenta que a pesar de que la sentencia fue remitida antes de la audiencia, la formalización de la lectura del fallo no se había realizado, pues era precisamente la lectura de la decisión el objeto de la audiencia convocada.” Igualmente se manifestó que resultaba innecesario la privación inmediata de la libertad o la ejecución de la pena, toda vez que, según el estándar internacional, el efecto de la decisión debe darse cuando la misma cobre ejecutoria, destacando que en la vista de sentido de fallo el Juzgado advirtió que no había necesidad de privar al procesado de la libertad y que ello se definiría en la sentencia.

9. Para el tutelante, el Juzgado de conocimiento hizo caso omiso a la trascendencia de la solicitud, pues lo decidido en aquel acto lo vinculaba y obligaba en la sentencia y por ello no podía variar tal situación.

10. Leída la sentencia, la defensa y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, el cual se halla en trámite.

11. Según el actor, la decisión carece de motivación ya que se limitó a citar normas sin que se hubiese hecho exposición de las consideraciones que la motivaron. Allí se relacionó el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, omitiendo que en el caso cuestionado no hay una sentencia en firme que soporte la medida de privación de la libertad en contra del procesado. El Juzgado pasó por alto la primacía del derecho sustancial que hace parte del

principio rector de la actuación procesal, toda vez que dejó de resolver un asunto que pretendía evitar la vulneración de derechos fundamentales, dado que la privación de la libertad debe ser una medida extraordinaria y excepcional.

12. Estima igualmente que la providencia presenta un defecto sustantivo en la medida que ordenó la privación de la libertad para que el procesado empezara a pagar la pena impuesta en un centro carcelario, lo cual compromete los derechos fundamentales a la dignidad humana, libertad personal y el debido proceso.

13. Con fundamento en lo anterior, solicita la protección de las aludidas garantías fundamentales y, consecuente con ello, “se DECLARE SIN NINGÚN VALOR NI EFECTO el numeral 3º de la decisión proferida el pasado 5 de junio de 2023 por parte del JUZGADO VEINTISIETE (27) PENAL DEL CIRCUITO – MEDELLÍN, ANTIOQUIA, mediante la cual decidió negar subrogados penales y la prisión domiciliaria y ordenar la captura inmediata procesado CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ para que empezara a pagar la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario y determinado por el INPEC, por resultar violatoria de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad personal y el debido proceso en su componente de presunción de inocencia.” (Lo resaltado es del texto).

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín declaró improcedente el amparo incoado. Las razones que sustentan la decisión se compendian así:

1. Concreta a la pretensión del actor a que se deje sin efectos el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia emitida el 5 de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito que le negó los subrogados penales y ordenó el traslado al centro de reclusión que determine el INPEC.
2. En ese contexto, precisa que dicho pedimento no es procedente en razón a que no se

cumple el requisito de subsidiariedad, pues, según la información allegada, el mismo abogado que representa al accionante apeló dicha determinación, cuyo trámite está pendiente de decisión por la Sala Penal de ese Tribunal, el cual fue repartido el 23 de junio de 2023.

3. De manera que, expone, la inconformidad expuesta por el actor debe ser resuelta en sede de segunda instancia, sin que sea dable acudir a la tutela a manera de una instancia adicional para dirimir un asunto que está en conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

LA IMPUGNACIÓN

Fue interpuesta por el apoderado de Carlos Andrés Osorio Martínez y en sustento de su inconformidad señala:

1. La acción de tutela no se promovió contra la decisión principal del Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, sino frente a lo decidido en su numeral 3º, esto es, respecto de la orden de captura inmediata que dispuso en contra de Osorio Martínez para el cumplimiento de la pena impuesta en un centro de reclusión.

2. Lo anterior en razón a que la privación de la libertad del accionante vulnera sus derechos fundamentales y la posibilidad de circular libremente, proveer a su familia los medios para su subsistencia. Preciso que mientras se resuelve el recurso de “reposición” interpuesto contra la decisión del Juzgado de conocimiento, el procesado «no puede ser privado de la libertad sin que exista sentencia en firme en su contra, lo cual significa que existe la probabilidad de que en segunda instancia sea absuelto, y que mientras la sentencia no esté en firme priva injustamente de la libertad a joven que se encuentra en pleno desarrollo de su proyecto de vida...»

3. Si bien interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el mismo no es idóneo para proteger los derechos fundamentales del actor al tener que esperar que la segunda instancia

lo resuelva, pues «la privación de la libertad bajo lo ordenado por sentencia que NO está en firme, genera que se prive de la libertad al accionante sin poder remediar de forma alguna el tiempo del accionante representado en el daño material y reputacional...».

4. Considera que se dan los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la estructuración del perjuicio irremediable. Dice que la afectación es inminente, por cuanto la orden de captura está vigente y su materialización no depende de lo que determine la segunda instancia; es grave, dado que se restringe la libertad del actor; es urgente que se adopten correctivos pues se está aplicando la medida excepcional de privación de la libertad, y finalmente, es impostergable porque genera un daño inmediato e irreparable «por el paso de una privación de libertad injustamente en caso de ser absuelto...».

5. Acorde con lo expuesto, solicita se revoque el fallo de primer grado y se amparen los derechos fundamentales a favor de Carlos Andrés Osorio Martínez. Consecuente con ello, se deje sin efecto la orden de captura dispuesta en el numeral 3º de la sentencia dictada por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín.

6. Finalmente, propone como medida provisional la suspensión de los efectos del referido numeral 3º de la sentencia en comento, toda vez que al ordenar la privación de la libertad, sin existir elementos que la soporten y sin una sentencia en firme, conlleva a la vulneración de las garantías fundamentales del procesado.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

2. Cuestión previa: solicitud de medida provisional.

El apoderado de la parte demandante en el escrito de impugnación, solicita lo siguiente:

«Conforme a lo señalado en el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, solicito como medida provisional la suspensión de los efectos del numeral 3o de la decisión del JUZGADO VEINTISIETE (27) PENAL DEL CIRCUITO – MEDELLÍN, ANTIOQUIA del pasado 5 de junio de 2023 dentro del Rad. No. 050016000207202000055, por medio de la cual decidió ordenar la captura inmediata de CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ para que empezara a pagar la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario y determinado por el INPEC.»

Dentro del caso concreto, no aparece procedente acceder a tal petición, toda vez que la parte actora se abstuvo de acreditar alguna de las exigencias previstas en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991. Además, los argumentos que adujo para sustentarla, guardan relación con solicitado en la demanda de tutela y los que expuso en el escrito de impugnación a efectos de que se acceda a la solicitud de amparo, los que serán analizados y resolverán de fondo mediante la decisión que a continuación se adopta.

3. De la acción de tutela

Según lo establece el artículo 86 de la [Constitución Política](#), toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces 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 irremediable.

En el asunto bajo examen, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín acertó al declarar la improcedencia del amparo deprecado por Carlos Andrés Osorio Martínez en contra del Juzgado Veintisiete Penal del

Circuito de esa ciudad. Ello, tras considerar que no se cumple el requisito de subsidiariedad, en razón a que el actor ataca una decisión adoptada en el fallo condenatorio, respecto del cual interpuso recurso de apelación que se encuentra en trámite.

Frente al anterior interrogante, considera la Corte, en sintonía con lo expuesto por el Tribunal de primera instancia, que resulta improcedente la demanda de amparo, toda vez que, como se explica a continuación, no se satisface el requisito de subsidiariedad.

4. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Con el fin de atender la queja constitucional propuesta, resulta imperante 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 derrocar 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, el máximo Tribunal Constitucional ha señalado que la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad, genéricos y específicos², que consientan su interposición, 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 así su esencia, que no es distinta a denunciar las transgresiones y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

Dentro de los primeros criterios 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, salvo que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; c) que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo; d) 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; e) 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 f) 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, su 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, donde el error de la autoridad sea 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. Del caso concreto.

Con fundamento en la demanda de tutela y los demás elementos de convicción que reposan

al interior del expediente, la Sala estudiará la procedencia de la presente solicitud de amparo.

En este punto, resulta importante precisar lo siguiente:

- i) El 11 de noviembre de 2020 se formuló imputación ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, por la aludida conducta punible. No se impuso medida de aseguramiento.
- ii) El asunto correspondió al Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de la citada ciudad, despacho que llevó a cabo la audiencia de acusación el 19 de abril de 2021 y la preparatoria el 23 de junio de ese mismo año.
- iii) La vista de juicio oral inició el 21 de junio de 2022 y culminó el 26 de enero de 2023 con la presentación de los alegatos de conclusión.
- iv) El 10 de marzo de 2023 el Juzgado de conocimiento emitió sentido de fallo condenatorio, acto en el que igualmente corrió traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.
- v) Según la demanda, el juez en dicha audiencia en punto de la libertad del acusado, precisó:

“...así las cosas, el Juzgado 27 penal del circuito de Medellín emite sentido del fallo carácter condenatorio en contra del ciudadano CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ en condición de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años en circunstancias de agravación punitiva normado en el artículo 211 numeral 2º.

En cuanto a la privación de la libertad del acusado del artículo 450 establece que al ser declarado culpable y no habituarse la concesión de algún subrogado penal o mecanismo

sustitutivo de la pena se debe restringir la misma, salvo que no sea necesario. En el caso que nos ocupa, tenemos que el proceso estuvo presente en el desarrollo del proceso, además, no estuvo cobijado con medida de aseguramiento, contar con un arraigo definido. Por lo tanto pues, se mantendrá en libertad hasta la emisión de la sentencia. Ese es el respectivo sentido del fallo...”

vi) La audiencia de lectura de fallo se programó para el 5 de junio de 2023, en la que profirió sentencia en contra de Osorio Martínez, condenándolo a la pena de 16 años de prisión por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado. En el ordinal tercero de la parte resolutive dispuso:

TERCERO: Negar al señor CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ los subrogados penales y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia, En consecuencia, en efecto, y como actualmente el señor OSORIO MARTÍNEZ se encuentra en libertad, se ordenará la captura inmediata para que empiece a pagar la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario y carcelario que determine el INPEC.

En este caso, Carlos Andrés Osorio Martínez, a través de apoderado, promueve acción de tutela en busca de protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana y libertad personal, que estima vulnerados por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, al que le atribuye haber librado orden de captura inmediata en su contra sin la debida motivación y sin que la sentencia esté en firme.

Vista así la situación, resulta incuestionable que se está frente a un asunto de relevancia constitucional, pues se trata de analizar si el Juzgado accionado vulneró o no los derechos fundamentales del actor al disponer la orden de captura inmediata para el cumplimiento de la condena impuesta en su contra sin que la misma esté en firme, luego de hallarlo responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, según se consignó en sentencia del 5 de junio de 2023.

Sin embargo, en el caso sub examine no se satisface el presupuesto de la subsidiariedad, en la medida que el proceso está pendiente de que se desate el recurso de apelación promovido por la defensa, es decir, la actuación actualmente se encuentra en curso.

En efecto, aun cuando la inconformidad del libelista se finca en la decisión del Juzgado de conocimiento de disponer la captura inmediata de Carlos Andrés Osorio Martínez a fin de que empiece a purgar la pena en un centro carcelario sin que la misma esté ejecutoriada; no puede dejarse de lado que aquella es una consecuencia directa e inescindible de la decisión condenatoria, razón por la cual el camino para expresar su desacuerdo es a través del recurso de apelación que procede en contra de la sentencia, como así lo ha indicado esta Sala de Decisión casos similares al presente, guardadas las proporciones (CSJ STP9052-2023, rad. 132286, STP8193-2023, Rad. 132065).

De modo que, el camino que le quedaba a la defensa era el de apelar la sentencia emitida en disfavor del procesado³, misma que fue concedida y se halla en trámite en el Tribunal Superior de Medellín, a donde ingresó el asunto el 23 de junio de 2023.

Y si bien se desconoce si el tema de la aprehensión fue objeto del recurso, ello no desestima el considerando enunciado, toda vez que de haberse realizado, es el Juez colegiado quien deberá evaluar los argumentos que expone a través de la acción de tutela; e incluso, si la decisión de la apelación le resultare adversa, si es su deseo, podrá interponer el recurso extraordinario de casación, de modo que queda establecido que cuenta con los medios de defensa idóneos para proponer la discusión que ahora se exhibe ante el juez constitucional. (Cfr. STP4246-2023 y STP12335-2022)

Y en caso de que no, lo que se tiene es que con ese actuar, el procesado y su defensor dejaron de lado la posibilidad jurídica de interponer recurso de apelación y ventilar el asunto relacionado con su captura a través del mecanismo de defensa judicial destinado por el legislador, esto es, al interior del proceso penal, lo que igualmente desestima el

cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

A lo que se adiciona que, la decisión del juzgado de conocimiento respecto de la improcedencia de subrogados penales en favor del procesado es la razón principal por la que se dispuso su aprehensión en forma inmediata, hecho que está incorporado en la sentencia susceptible de recursos como se anotó previamente.

En este punto, resulta importante destacar que, conforme lo señaló el accionante en la demanda de tutela y lo reiteró en la impugnación, en la audiencia de sentido de fallo celebrada el 10 de marzo de 2023, el Juzgado, sobre la privación de la libertad, puso de presente que como el enjuiciado compareció al proceso y no estuvo cobijado con medida de aseguramiento y contar con un arraigo, lo mantuvo en libertad hasta la emisión de la sentencia. Así lo resaltó el censor:

“...así las cosas, el Juzgado 27 penal del circuito de Medellín emite sentido del fallo carácter condenatorio en contra del ciudadano CARLOS ANDRÉS OSORIO MARTÍNEZ en condición de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años en circunstancias de agravación punitiva normado en el artículo 211 numeral 2º.

En cuanto a la privación de la libertad del acusado del artículo 450 establece que al ser declarado culpable y no habituarse la concesión de algún subrogado penal o mecanismo sustitutivo de la pena se debe restringir la misma, salvo que no sea necesario. En el caso que nos ocupa, tenemos que el proceso estuvo presente en el desarrollo del proceso, además, no estuvo cobijado con medida de aseguramiento, contar con un arraigo definido. Por lo tanto pues, se mantendrá en libertad hasta la emisión de la sentencia. Ese es el respectivo sentido del fallo...” (Destaco de la transcripción)”

Esto para significar que el despacho accionado fue consecuente con lo decidido en la aludida vista, es decir, dejó en libertad al procesado y con la emisión de la sentencia condenatoria, tras considerar la inviabilidad de conceder algún subrogado penal, incluida la

prisión domiciliaria, ello por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1096 de 20064, dispuso librar la orden de aprehensión para el inmediato cumplimiento de la pena impuesta.

Ahora, no está por demás precisar que la existencia de los aludidos medios de defensa no conlleva la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que compete a los jueces constitucionales realizar un análisis de idoneidad y eficacia en concreto, lo que implica la obligación de considerar el contenido de la pretensión y las condiciones específicas de los involucrados.

Dicho ello, en el presente caso, la Corte no identifica circunstancias que puedan generar un perjuicio irremediable contra el aquí accionante que habilite la procedencia excepcional del mecanismo de tutela o, dicho de otra manera, no observa una situación de urgencia que justifique la intervención del juez de tutela.

En efecto, el hecho de que deba esperarse a que se resuelvan los medios de defensa judicial contra la decisión censurada, no cambia dicha conclusión por la sencilla razón que la privación de la libertad que se dispuso lo es precisamente para el cumplimiento de la pena que le fue impuesta en la sentencia condenatoria, decisión que para el momento goza de la doble presunción de legalidad y veracidad.

En ese orden de ideas, contrario al parecer del censor, quien deja ver la configuración de un daño de tal entidad al restringirse la libertad del actor con la emisión de la orden de captura en forma inmediata, no se advierte su existencia con ocasión de la determinación adoptada por el Juzgado de conocimiento y por tanto inviable se hace la intervención del juez de tutela en este particular evento.

6. Ahora bien, es pertinente señalar que este asunto no es equiparable al que dirimió la Corte Constitucional en la sentencia CC T-082 de 2023, en el que se flexibilizó el requisito de subsidiariedad, en esencia, por la evidente vulneración de derechos fundamentales al

advertirse una incongruencia entre el sentido del fallo y la sentencia escrita, en la medida que en ese asunto se anunció que la privación de la libertad se ordenaría estando en firme la condena, empero al proferirse el fallo se libró orden de captura inmediata.

Particularidad que en este proceso no se observa, ya que lo que se discute en sede de tutela es una presunta incorrección con la decisión de emisión de orden de captura inmediata contenida en la sentencia del 5 de junio del año en curso, la que se dictó sin consideración previa sobre la aprehensión del acusado.

Nótese que el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, al anunciar el sentido condenatorio del fallo, en audiencia del 10 de marzo de 2023, y esto lo resalta el censor, difirió a la sentencia lo atinente con la privación de la libertad, al estimar “que el procesado estuvo presente en el desarrollo del proceso, además, no estuvo cobijado con medida de aseguramiento, contar con un arraigo definido. Por lo tanto pues, se mantendrá en libertad hasta la emisión de la sentencia.”

Y en efecto, en el fallo del 5 de junio último, no concedió a Osorio Martínez subrogado alguno ni la prisión domiciliaria, atendiendo la aludida prohibición legal contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y, en consecuencia, ordenó la captura inmediata para que empiece a pagar la pena privativa de la libertad.

La situación descrita, se insiste, descarta la existencia de una «disonancia o retractación entre uno y otro momento procesal», pues ningún sorprendimiento pudo ocasionarle a Carlos Andrés Osorio Martínez la decisión de emitir orden de captura inmediata, pues en el anuncio del sentido del fallo, sin duda alguna se dijo que ese tema se definiría con la sentencia.

Como tampoco es dable emplear la decisión adoptada por esta Corporación⁵, en la medida que este asunto no guarda identidad con el allí examinado, pues en aquel se discutía la orden de captura emitida con el anuncio del sentido del fallo y los deberes de motivación

frente a la restricción de la libertad y no con la sentencia como ocurre en esta oportunidad.

7. En síntesis, improcedente se ofrece la demanda de amparo promovida, ya que en este trámite preferente el juez de tutela está inhabilitado para realizar un pronunciamiento que claramente le corresponde a la autoridad ordinaria. De hacerlo, se estaría desconociendo el carácter residual de la acción constitucional, al tiempo que entraría a invadir las competencias del juez natural de la causa.

Posición que se encuentra soportada en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el principio constitucional regulado en el inciso 3° del artículo 86 Superior y que en su numeral 1° consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia “de otros recursos o medios de defensa judiciales”, salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que no se demostró por el libelista, ni se verifica de la actuación.

8. Consecuente con lo anterior, la Sala procederá a confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Así se indicó en la demanda de amparo, al reseñar el actor lo acaecido en esa diligencia.

2 Cfr. CC C-590/05, SU-195/12 y T-137/17, entre otras.

3 No se conocen los motivos de reparo concretos, pero en todo caso el camino que se habilitaba era el de la apelación.

4 Norma aplicable dado que los hechos acaecieron el 7 de enero de 2020

5 CSJ SPT5495-2023, 8 jun. 2023, rad. 130745, citada en la impugnación.