



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP11436 - 2021

Tutela de 1ª instancia No. 118091

Acta No. 194

Bogotá D.C., tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela instaurada por **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, por la presunta violación del debido proceso, libertad e igualdad.

Fueron vinculados al presente trámite, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Villa de Leyva y las partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal que da origen a la queja.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda y los anexos se establecen como hechos y fundamentos de la petición de amparo, los siguientes:

1. El 2 de octubre de 2018, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Villa de Leyva, profirió sentencia dentro del proceso de radicado No. 15407600011720150021801, a través de la cual absolvió a **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, de los cargos que como determinadora del delito de hurto calificado y agravado (arts. 240-3 y 241-10 del Código Penal) le atribuyó la Fiscalía 18 Local de Villa de Leyva.

2. Inconformes con esa decisión, el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el apoderado de víctimas, la impugnaron.

3. Mediante sentencia de fecha 23 de abril de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja resolvió:

"PRIMERO. REVOCAR la sentencia absolutoria proferida el 2 de octubre de 2018, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leyva con Funciones de Conocimiento, conforme a lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a DORA GENYTH ALZATE ARAQUE, (...) como participe en el grado de determinadora responsable del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO de que tratan los artículos 239, 24 numeral 3° y 241 numeral 10° del CP. a la pena principal de CIENTO DIEZ (110) MESES DE PRISIÓN y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por este mismo término.

TERCERO. NEGAR a DORA GENYTH ALZATE ARAQUE los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

CUARTO. ORDENAR la captura inmediata de la sentenciada para el cumplimiento de la pena que le fue impuesta. Oficiese.

4. La anterior decisión fue notificada en estrados y la defensa de la procesada interpuso impugnación especial, por lo que las diligencias se remitieron a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 17 de julio de 2019, para que se dé trámite al recurso propuesto y sustentado.

5. El 16 de mayo de 2019, en cumplimiento de lo ordenado en el numeral cuarto de la sentencia de segundo grado, se libró la orden de captura No. TST -SP 04- 2019 en contra de **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, la que fue materializada el 7 de noviembre siguiente por funcionarios adscritos al CTI Villa de Leyva y personal de inteligencia del Gaula Militar en la ciudad de Medellín, siendo puesta a disposición del Tribunal Superior de Tunja, a partir del 8 de noviembre de 2019.

6. **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE** acude a la acción de tutela en procura de protección para los derechos fundamentales al debido proceso, libertad e igualdad que estima conculcados, por razón de la decisión de mantenerla privada de la libertad mientras se resuelve de manera definitiva su *situación judicial* dentro del proceso penal reseñado, en el que todavía no existe una sentencia condenatoria en firme por virtud del recurso que en la actualidad se surte ante la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden, la promotora del amparo manifiesta que el caso del ex magistrado de la Corte Constitucional Jorge Pretelt Chaljub, quien fuera condenado por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, presenta similares características al suyo, toda vez que si bien le fue negado el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, no se ordenó el cumplimiento de la sanción de manera inmediata *«como quiera que en su momento no se profirió ninguna medida de aseguramiento en su contra, motivo por el cual la captura sólo podrá ordenarse si la sentencia queda ejecutoriada»*.

De otro lado, advierte que la restricción de su libertad constituye una evidente vulneración a la presunción de inocencia, a la excepcionalidad de la privación de la libertad (reiterada en la sentencia C-342 de 2017), y se traduce en innecesaria y prematura ejecución de un fallo cuya firmeza es absolutamente incierta.

Asimismo, para dar respaldo a la procedencia del amparo como mecanismo transitorio, cuestiona la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de la privación de libertad dado que se encuentra en un centro carcelario que presenta hacinamiento, lo que, además de ser considerado como una pena o trato cruel, inhumano y degradante según la Organización de los Estados Americanos, compromete su vida y salud por el inminente riesgo de contagio del Covid-19, en un centro de reclusión donde es imposible cumplir las medidas de aislamiento y el servicio de atención en salud es precario.

Seguidamente expone las razones por las que considera que la sentencia de segunda instancia comporta una vía de hecho, por estructurarse los siguientes defectos: i) motivación deficiente; ii) violación directa de la Constitución Política,; iii) desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en punto al alcance y aplicación del principio de favorabilidad y; iv) defecto sustantivo por interpretación errada del artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

7. De acuerdo con lo señalado, la parte actora postula la siguiente pretensión: *«se ordene mi libertad inmediata o la aplicación inmediata de una medida menos restrictiva de la libertad hasta tanto se defina mi situación judicial frente al proceso penal por el cual me encuentro privada de la libertad,*

en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 188 de la Ley 600 de 2000».

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La demanda se admitió por auto de 16 de julio de 2021. Se vincularon como terceros con interés legítimo en el asunto a las demás partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal que originó este trámite (rad. 15407600011720150021801).

1. La **Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja** señaló que con oficio 305 del 17 de julio de 2019, remitió la actuación a esta Corporación para que se dé trámite al recurso interpuesto y sustentado por el defensor de confianza de **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, contra la sentencia de segundo grado No. 029, aprobada el 23 de abril de 2019 y leída en audiencia celebrada el 15 de mayo siguiente.

Informó que la última actuación que obra en el expediente corresponde al auto interlocutorio No. 080 de fecha 8 de noviembre de 2019, que resolvió decretar la legalidad de la captura de la sentenciada, quien fue puesta a disposición del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso a efecto de que cumpla la sanción impuesta en el fallo mencionado.

Solicitó negar el amparo impetrado por la accionante, toda vez que esa Sala no incurrió en acto transgresor alguno de los derechos fundamentales invocados.

2. La **Fiscalía 18 Local de Villa de Leyva**, luego de exponer un recuento de las diligencias cumplidas previo a la emisión de la sentencia cuestionada, manifestó que la acción constitucional es improcedente dado que no es un mecanismo instituido para continuar el debate sobre la procedencia de la libertad y, a manera de tercera instancia, obtener una resolución diferente a la adoptada por los magistrados competentes quienes se ciñeron a la legalidad.

Precisó que, a diferencia de lo considerado por la accionante, no existe duda alguna que el Tribunal Superior de Tunja observó la normatividad relativa a la concesión del beneficio solicitado, negándolo por expresa prohibición del artículo 68A, aunado que la sentenciada no cumple con el requisito subjetivo que legal y jurisprudencialmente se ha determinado, por lo cual la decisión de negarla por ausencia de dicho factor no estructura vía de hecho que amerite el amparo constitucional, máxime cuando de ninguna manera la accionada se apartó del contenido de la sentencia, ni de la norma más favorable para resolver el asunto, esto es, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014.

En tales condiciones, precisó que con el actuar reseñado no hubo afectación para los derechos fundamentales de la procesada, por cuanto la decisión

desfavorable frente a la pretensión liberatoria está debidamente sustentada en el ordenamiento jurídico y razonada en hechos que permitieron a los funcionarios optar por negar dicho beneficio, todo lo cual imposibilita la intromisión del juez constitucional.

3. La **apoderada de Timoleón Ruiz Heredia**, quien interviene como víctima dentro del proceso penal adelantado contra la accionante, acudió al trámite y señaló frente al caso del ex magistrado de la Corte Constitucional, mencionado como ejemplo para alegar la violación del derecho de igualdad, que no se trata de la misma situación, por cuanto la accionante durante el desarrollo de la actuación ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, no asistió a ninguna de las audiencias.

Además, que la captura de la demandante se dio al encontrarse evadida del Municipio de Villa de Leyva en compañía de su esposo Diego Ardila (funcionario de la SIJIN Medellín), a quien la Fiscalía 18 Local de Villa de Leyva le está tramitando una denuncia.

Apuntó que la acción de tutela no procede pues la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior de Tunja estuvo ajustada a derecho, indicando cada una de las pruebas que llevaron a demostrar de forma irrefutable lejos de toda duda razonable que **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE** es responsable del hurto calificado y agravado del

cual es víctima su representado, siendo imperante ordenar la captura inmediata de la procesada, como quiera que el delito cometido no permite la concesión de subrogados penales, de conformidad con el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Solicitó que las argumentaciones expuestas sean estudiadas al momento de decidir la presente acción de tutela, teniendo en cuenta los derechos que asisten a la víctima dentro del proceso penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De acuerdo con el artículo 1º, numeral 5º del Decreto 333 de 2021 -*que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015*-, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, al dirigirse entre otras autoridades, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja.

Problema jurídico

En el *sub judice*, el problema jurídico se contrae a determinar la procedencia de la acción de tutela para obtener la revocatoria de la determinación contenida en la sentencia de condenatoria de segunda instancia del 23 de abril de 2019, consistente en ordenar la captura inmediata de **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, decisión adoptada por la Sala

Penal del Tribunal Superior de Tunja, al interior del proceso penal que actualmente se adelanta contra la accionante por el delito de hurto calificado y agravado.

Análisis del caso

1. La doctrina constitucional tiene dicho que, en virtud del principio de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, su ejercicio no procede contra decisiones judiciales tomadas en procesos en curso, toda vez que, en estos casos, se tiene la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, así como de ejercer los recursos extraordinarios.

2. Solo es posible acudir a ella por vía excepcional, de forma definitiva, cuando se advierta que éstos no son idóneos, ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos. O cuando, a pesar que serlo, se pretenda evitar la materialización de un perjuicio irremediable, evento en el cual, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede de forma transitoria¹.

Como viene de exponerse, en el caso bajo estudio, censura la accionante la decisión del Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual, tras revocar la sentencia absolutoria dispuso librar orden de captura para el cumplimiento

¹ T 103/14

inmediato de la pena impuesta, cuando a juicio de la demandante, ha debido, por favorabilidad, dar aplicación al contenido del artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

Vista así la situación y confrontada la demanda de tutela con la información que obra en la actuación, no encuentra la Sala que se hubiese trasgredido los derechos demandados, lo cual torna improcedente la petición de amparo. Estas las razones:

4.1. Efectivamente, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, mediante sentencia de 2 de octubre de 2018, absolvió a **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**, decisión que la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en providencia de 23 de abril de 2019 revocó para, en su lugar, condenarla a la pena de 110 meses de prisión al tiempo que le negó los subrogados penales y, consecuente con ello, dispuso librar orden de captura para el cumplimiento de la sanción impuesta, decisión contra la cual se interpuso el recurso de impugnación especial cuyo trámite se surte actualmente ante esta Sala de Casación Penal.

4.2. Luego, si el proceso se halla en curso, se torna inviable la intervención del juez constitucional, por cuanto es al interior de la actuación donde le atañe a la accionante exponer su tesis frente a la violación de sus derechos con ocasión de la falta de aplicación del principio de favorabilidad en su caso, y no, por la vía tutelar como lo intenta para propiciar pronunciamientos e intervenciones indebidos por parte del juez de tutela.

Lo anterior porque, no puede convertirse el mecanismo constitucional en una instancia adicional a las señaladas por el ordenamiento para el respectivo proceso, pues, independientemente del criterio de esta Sala, no le corresponde anticiparse a emitir juicios al respecto mientras hace las veces de juez constitucional. Tal situación descarta por completo la intervención del juez de tutela en trámites ajenos a los de su competencia, porque le está vedado asumir funciones asignadas por la Constitución y la ley a otras autoridades.

De modo que, no es posible acceder al pedimento de amparo, toda vez que ello sería desconocer el contenido de las distintas jurisdicciones y el carácter residual del instrumento constitucional, ya que no es posible invocarlo como una alternativa frente a los procedimientos legales diseñados por el legislador y tornar viable la interferencia del juez de tutela en procesos que aún se hallan en trámite.

Frente a este particular, la Corte Constitucional ha manifestado (CC T-1343/01):

(...) la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.

5. Al margen de lo anterior, y frente al cuestionamiento que se dirige en contra de la orden del Tribunal accionado de disponer la captura inmediata de la accionante, deviene oportuno señalar que ninguna irregularidad se observa en tal determinación, por estar soportada en lo establecido en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, precepto que habilita la aprehensión cuando la persona ha sido declarada penalmente responsable y se le han negado los subrogados penales, decisión que puede adoptarse al momento de la enunciación del sentido de fallo y con mayor razón en la sentencia.

Sobre el tema, la Sala de Casación Penal (CSJ SP3353-2020 del 15 de julio de 2020, radicado 56600) ha indicado:

El artículo 450 de la Ley 906 de 2004 dispone:

*ART. 450. **Acusado no privado de la libertad.** Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Disposición frente a la cual la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

*[...] Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que **en los términos de la Ley 906 de 2004** la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente **cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo***

momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la **regla general** consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.

Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad.

En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehuido su comparecencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación, y (v) en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.

En ese contexto, es claro que la captura de quien ha sido declarado responsable a efectos de que cumpla la sanción impuesta, a voces del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, debe ordenarse inmediatamente cuando se han negado «los subrogados o penas sustitutivas». Nótese, además, que en este evento no existe ninguna situación excepcional para que esta Colegiatura se abstenga de ordenar aprehender al procesado.

Lo anotado, se insiste, sin lugar a dudas, descarta alguna irregularidad con la entidad suficiente para provocar la intervención del juez constitucional, pues, al negarse los

subrogados o penas sustitutivas, lo procedente era ordenar la captura de la procesada para el cumplimiento de la pena, con mayor razón si en este evento no se observa que se halle dentro de las excepciones aludidas en el precedente anotado.

Tampoco se evidencia que la demandante se encuentre amparada por alguna situación excepcional de la cual se derive un perjuicio irremediable, que haga necesario un trato preferente de su asunto, pues su actual privación de la libertad tiene origen en el cumplimiento de la sentencia condenatoria emitida en su contra.

6. Ahora, en relación con la situación de hacinamiento y el riesgo de contagio del covid-19 que advierte la accionante debe afrontar al encontrarse privada de la libertad en la Cárcel de Sogamoso, es un asunto que puede ser puesto de presente ante las autoridades carcelarias con el fin que se adopten las medidas que permitan mejorar las medidas de bioseguridad y verificar las condiciones mínimas de higiene, salubridad.

No obstante, la accionante no allegó medios de prueba que permitan tener por acreditado que los protocolos de bioseguridad dispuestos por el INPEC estén siendo incumplidos en dicho centro carcelario, por lo que no hay lugar a emitir órdenes en contra del Establecimiento Carcelario de Sogamoso.

7. Finalmente, en relación con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad, lo aportado al expediente constitucional no acredita que el caso que se expone como referencia en la demanda presente idénticas condiciones, al punto que la accionante haya sido discriminada por el Tribunal Superior de Tunja, al disponer su captura inmediata en cumplimiento estricto del artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

Cabe precisar al respecto que cada asunto de competencia del juez natural debe ser valorado de manera individual, amparado en los principios de autonomía e independencia judicial, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política, en tanto sus efectos son exclusivamente *inter partes*.

Así las cosas, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente como mecanismo definitivo para el propósito propuesto por la demandante. Y, como no se probó un perjuicio irremediable que se torne imprescindible evitar, la acción tampoco procede como instituto transitorio de protección.

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,


R E S U E L V E:

1. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo pretendido por **DORA GENYTH ALZATE ARAQUE**.

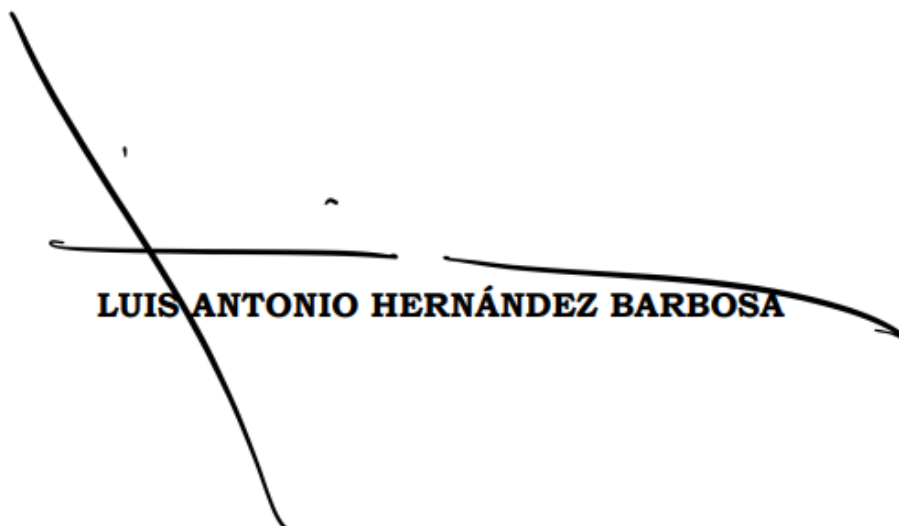
2. NOTIFICAR este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, informando que puede ser apelado dentro de los tres días siguientes.

3. De no ser impugnada esta sentencia, **enviar** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria