



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

STP13500-2021
Radicación n.º. 119513
Acta 261.

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre la demanda de tutela instaurada por **Omar Sosa Monsalve**, a través de apoderado judicial, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, así como las partes y demás intervinientes en el proceso penal que originó

el presente diligenciamiento constitucional, con radicado 2005 -00397 01.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del libelo de tutela y de la información allegada se verifica que mediante sentencia proferida el 9 de marzo de 2007, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga condenó a **Omar Sosa Monsalve** a la pena de 40 años de prisión y multa de 100 S.M.M.L.V., como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en concurso con sedición. Esto, dentro del proceso penal identificado con el radicado 2005-0397 00.

La anterior determinación fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa capital, mediante proveído del 21 de septiembre de 2009; sin embargo, la condena se emitió por los delitos de homicidio agravado en concurso con concierto para delinquir. En esa oportunidad, respecto a la variación de la denominación jurídica se precisó lo siguiente:

“(...) Este hecho implica que se debe adecuar el nomen juris de la conducta típica imputada, en este caso, del delito de sedición a la conducta punible de concierto para delinquir, pues aunque no se ha desnaturalizado la conducta punible fácticamente si se hizo jurídicamente, conforme al marco jurisprudencial enunciado precedentemente, máxime si se tiene en cuenta las implicaciones del cambio de tipo penal como lo ha expresado la Corte (...)”

Contra la anterior determinación el procesado interpuso recurso extraordinario de casación; no obstante, mediante auto del 22 de enero de 2010, la Sala Penal del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga aceptó el desistimiento presentado por el defensor del encartado.

La vigilancia del cumplimiento de la sentencia en la actualidad está a cargo del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga.

En el curso de la ejecución de la pena, concretamente el 13 de octubre de 2020, **Omar Sosa Monsalve** pidió al juez ejecutor que le otorgara la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del Código Penal.

A su turno, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, a través de proveído del 24 de noviembre siguiente, denegó el beneficio en atención a la falta de satisfacción de la totalidad de los requisitos objetivos previstos en la norma referida. Sobre el particular, señaló que el peticionario fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado.

Contra la anterior determinación, el apoderado **Sosa Monsalve** interpuso los recursos de reposición y subsidio apelación. La reposición fue decidida por el juez ejecutor con proveído del 31 de marzo de 2021, en el sentido de no revocar su propio auto. Asimismo, concedió la alzada ante el superior.

Acto seguido, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a través de decisión del 1

de junio de 2021, confirmó en todas sus partes el auto confutado.

En este contexto, **Omar Sosa Monsalve** acude al presente mecanismo excepcional, pues considera que la variación del *nomen juris* contenida en la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga; así como la negativa de la domiciliaria establecida en el artículo 38G del Código Penal, desconocen sus garantías constitucionales.

Resalta que con la variación a la denominación jurídica del delito por el que fue condenado de sedición a concierto para delinquir agravado, se adicionó un agravante que no fue contemplado en el curso del proceso lo cual desconoce sus prerrogativas. Agregó que este yerro no fue enmendado por el juez ejecutor, ni por el propio Tribunal, a la hora de resolver la petición de prisión domiciliaria, situación que tornaba más lesiva la violación a sus derechos.

Con fundamento en lo expuesto, depreca el amparo de sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, pide que se «aclare» que la sentencia condenatoria emitida en segundo grado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 21 de septiembre de 2009, en el entendido que el delito por el que fue condenado es el de concierto para delinquir, sin agravante. Luego de lo anterior, solicita que se ordene al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma

ciudad, se sirva estudiar la petición de prisión domiciliaria conforme lo establece el artículo 38G del Código Penal.

INTERVENCIONES

Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Un magistrado de la Corporación pidió que se declarara improcedente el amparo invocado, toda vez que la acción de tutela no puede utilizarse como una instancia adicional o paralela a los recursos ordinarios, pues los planteamientos expuestos por el actor ya fueron debatidos a través de autos del 24 de noviembre de 2020 y 21 de junio de 2021.

Aunado a ello, aclaró que la decisión emanada el 21 de septiembre de 2009 por ese Tribunal se encuentra debidamente ejecutoriada, dado que, con proveído del 22 de enero de 2010, se resolvió aceptar el desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **Omar Sosa Monsalve**. Por tanto, estimó que no resultaba posible cuestionar asuntos que pudieron ventilarse en el curso del proceso ordinario.

Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga. Una empleada del juzgado solicitó que se denegara el amparo deprecado. En relación con el ataque formulado por la sentencia condenatoria, indicó que ese despacho no tiene injerencia, comoquiera que la misma se encuentra ejecutoriada. En lo concerniente a la

decisión del 24 de noviembre de 2020, sostuvo que se atiende a los argumentos expresados en ese proveído.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, que modificó el canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la presente demanda, en tanto involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

En el caso *sub examine*, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, desconocieron los derechos fundamentales de **Omar Sosa Monsalve**, con la expedición de las decisiones del 24 de noviembre de 2020 y 21 de junio de 2021, por medio de las cuales se denegó la prisión domiciliara prevista en el canon 38G del Código Penal. Adicionalmente, debe verificarse si el Tribunal accionado desconoció las garantías constitucionales del actor con emisión del fallo del 21 de septiembre de 2009, a través de la cual confirmó la sentencia condenatoria de primer grado.

Destaca la Sala que negará el amparo de los derechos fundamentales del accionante, pues de un lado no se acredita el presupuesto de subsidiariedad de la acción frente a la sentencia de segunda instancia atacada. Aunado a que

las decisiones emitidas en sede de ejecución de penas se muestran razonables.

Para desarrollar la premisa planteada, como primer punto se expondrán brevemente los parámetros de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En segundo lugar, se abordarán los reclamos elevados frente a la sentencia 21 de septiembre de 2009. Por último, se analizarán los cuestionamientos esgrimidos de cara a las decisiones proferidas en sede de ejecución de penas.

1. Procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Esta Corporación ha sostenido (CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad.99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad.98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial o administrativo.

Sin embargo, también ha indicado que **excepcionalmente** esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al

ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas *causales de procedibilidad*, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De esta manera, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales¹ y especiales², 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 su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

En lo que tiene que ver con los requisitos generales, concretamente el de la *subsidiariedad* que interesa para el caso objeto de estudio, este consiste en que el afectado haya agotado todas las herramientas ordinarias y extraordinarias de protección judicial (CC C-590- 2005 y CC T-332-2006;

¹ Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) *que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional*; (ii) *que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela*; (iii) *que se cumpla el requisito de inmediatez*, (iv) *cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna*; (v) *que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.*

² En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) *defecto orgánico*; (ii) *defecto procedimental absoluto*; (iii) *defecto fáctico*; (iv) *defecto material o sustantivo*; (v) *error inducido*; (vi) *decisión sin motivación*; (vii) *desconocimiento del precedente* y (viii) *violación directa de la Constitución.*

CSJ STP16324-2016, 10 nov. 2016, radicado 89049) y, en consecuencia, no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable. Esto, porque es ante el fallador natural, el estadio adecuado donde el peticionario puede plantear sus desavenencias, expresar los motivos de su desacuerdo frente a las disposiciones adoptadas y recurrirlas.

En virtud de dicho presupuesto, la jurisprudencia constitucional ha identificado tres causales que conllevan a la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que consisten en: que (i) **el asunto esté en trámite**; (ii) **no se hayan agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios**; y, (iii) el amparo constitucional se utilice para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico (CC-T-016-19).

2. Sentencia del 21 de septiembre de 2009.

Retomado el primer reclamo elevado por el accionante, se tiene que este cuestiona el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 21 de septiembre de 2009, por medio de la cual, confirmó la sentencia condenatoria emitida en su adversidad por los delitos de homicidio agravado en concurso con concierto para delinquir agravado.

Concretamente, su discrepancia se erige frente a la adecuación del *nomen juris* de una de las conductas típicas imputadas. Esto debido a que en esa providencia se llevó a cabo el ajuste de la denominación típica de la conducta de sedición a la de concierto para delinquir agravado, en razón a la pertenencia del procesado a un grupo armado al margen de la ley.

Sobre el particular, sostiene que por vía de la variación al *nomen juris* fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado, pese a que en el proceso no se discutió acerca de causal de agravación alguna. Situación que considera lesiva a sus derechos. En ese orden, pide que a través de este medio se «*aclare*» la sentencia en el sentido de indicar que el delito por el que fue sentenciado es el de concierto para delinquir, sin agravante.

Destaca la Sala que en este caso no se cumple el presupuesto de subsidiariedad de la acción, pues contra la sentencia que se ataca vía tutela, el accionante debió emplear de forma efectiva los mecanismos extra ordinarios de defensa judicial que el procedimiento penal le habilitaba, particularmente, el de casación. Instrumento a través del cual, tenía la posibilidad de exponer sus alegaciones y así propiciar un pronunciamiento al interior del cauce natural del diligenciamiento.

Luego, no resulta admisible que el accionante alegue su propia desidia o abandono en aras de lograr la protección de

sus prerrogativas constitucionales por un supuesto compromiso del derecho al debido proceso, siendo que contó con la posibilidad de intervenir al interior del proceso en el momento oportuno y no lo hizo.

En ese orden, en este punto concreto, no se cumple el presupuesto de subsidiariedad de la acción.

3. Decisiones emitidas en sede de ejecución de pena

Como segundo reclamo, se tiene que el accionante refuta las decisiones emitidas en sede de ejecución de penas por medio de las cuales se negó el beneficio de la prisión domiciliaria prevista en el canon 38G del Código Penal, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014.

Insiste que es merecedor de la prisión domiciliaria, toda vez que no fue condenado por el punible de concierto para delinquir agravado, dado que la sentencia de segunda instancia emitida el 21 de septiembre de 2009, lo que hizo fue corregir el *nomen iuris* del delito de sedición por el que fue sentenciado, sin que ello variara el quantum punitivo.

En efecto, se tiene que el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, en autos del 24 de noviembre de 2020 y 31 de marzo de 2021, dispuso negar el sustituto de prisión intramural por la domiciliaria contenida en el artículo 38G *ejusdem*. Para arribar a dicha determinación, consideró que en el caso bajo análisis no se

cumplían los requisitos objetivos previstos en la norma referida, dado que **Omar Sosa Monsalve** fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado, tal como obra en la sentencia de segunda instancia emitida el 21 de septiembre de 2009, y frente a dicho punible existía prohibición expresa del citado beneficio.

Asimismo, estimó que la sentencia emanada el 21 de septiembre de 2009, se encontraba debidamente ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada. Razón por la que el despacho ejecutor no podía tomar la denominación jurídica –sedición-, para otorgarle el sustituto al sentenciado.

A su turno, la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga en proveído del 21 de junio de 2021, confirmó el auto de primer grado bajo argumentos similares. Así expuso:

*«Pues bien, el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38G a la Ley 599 de 2000 dispone:
(...)*

La clara redacción de la norma no permite acoger la hermenéutica que propone el apoderado del penado, esto es, que como a su juicio solo se hizo una corrección del nomen iuris del delito de sedición, no debe aplicarse la prohibición expresa que el legislador consagra en el artículo 38G para unos delitos, entre ellos, el punible de concierto para delinquir agravado, comoquiera que dicho reato solo se introdujo en segunda instancia sin hacerse un análisis de la tipicidad al respecto.

Pese a ello, para esta Sala es claro que, en efecto, Omar Sosa Monsalve fue condenado por los delitos de homicidio agravado homogéneo en concurso con el ilícito de concierto para delinquir agravado, este último integrado en la decisión emitida el 21 de septiembre de 2009, por la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, comoquiera que “la conducta punible de sedición consagrada inicialmente en el artículo 71 de la ley 975 de 2005, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en

sentencia C - 370 de mayo 18 de 2006, decisión que dio lugar a la inaplicación del artículo 71 de la referida ley, como lo señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 11 de julio de 2007, y posteriormente en sentencia del 5 de diciembre de la misma anualidad”.

Además, tal modificación se hizo en atención a que “la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, es suficiente para satisfacer el elemento típico de este delito”, cuestión que justamente si hace alusión a los elementos objetivos del tipo penal, lo que de contera descarta que la variación de sedición al de concierto para delinquir agravado, sea simplemente un cambio de nombre; igualmente, debe indicarse, que tal como lo dejó expuesto el a quo, la sentencia emanada el 21 de septiembre de 2009, se encuentra debidamente ejecutoriada, por lo que no es posible tomar la denominación jurídica –sedición-, que fue justamente modificada en ella, para otorgarle el sustituto al sentenciado, ya que tal corrección se hizo a la luz de los postulados constitucionales y jurisprudenciales, en garantía del principio de legalidad.»

En este contexto, el Tribunal concordó con el juez a quo, en que no era viable dable adoptar la denominación jurídica – sedición- que fue modificada en la sentencia de segundo grado, en aras de otorgar el sustituto deprecado. Asimismo, estableció que la sanción penal por el reato de concierto para delinquir agravado se encontraba en la lista de delitos que no permite la concesión de este beneficio conforme el artículo 38G del Código Penal. Motivo por el cual, resultaba acertada el proveído que negó el beneficio.

De esta manera, se encuentra que las resoluciones judiciales censuradas están dotadas de argumentos razonables, a partir de la interpretación del marco normativo aplicable. Así, pese que las mismas resultan contrarias al querer de la demandante quien pretende convertir la vía constitucional en una tercera instancia, estas ya fueron analizadas por las autoridades competentes y por tanto

constituyen una controversia legal que escapa a la función constitucional inherente al proceso de tutela.

De tal suerte, los argumentos presentados por el accionante son incompatibles con este mecanismo constitucional. Toda vez que si se admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites por los presuntos desaciertos en la interpretación de las disposiciones jurídicas, no sólo se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el canon 29 Superior.

En mérito de lo expuesto, **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo deprecado.

SEGUNDO: INFORMAR a las partes que contra la decisión procede la impugnación ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriada esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



GERSON CHAVERRA CASTRO



EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria