Valledupar, Cesar
16 de noviembre del año 2021

Señores
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
E. S. EMAIL

REF. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL.
ACCIONANTES: IVAN CADENA RIVERA Y OTROS.
ACCIONADA: SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE VALLEDUPAR.
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DEL 05/NOV/21 – RADICADO 20001-60-01231-2016-01161-.

H. Magistrados todos:

HUGO MENDOZA GUERRA, Abogado titulado portador de la T.P. no. 38.947 del CSJ., conforme los poderes adjuntos -otorgados por los ciudadanos **IVÁN CADENA RIVERA**, **ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ**, **WALTER GARCÍA MACHADO** y **JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ**- obrando en condición de apoderado especial para efectos de la presente **ACCIÓN DE TUTELA**, que nos permitimos promover contra la sentencia de segunda instancia, proferida el pasado **05/NOV/2021** en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, adoptada al desatar un recurso de apelación impetrado contra una sentencia de primera instancia emitida en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar con Función de Conocimiento, el pasado **18/MAY/2021**, por medio de la cual se condenó a los ahora accionantes por los delitos de **FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA DE POLICÍA** y **PREVARICATO POR ACCIÓN** (radicado **20001-60-01231-2016-01161**)

FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Art. 86 de la Constitución Nacional; Decreto 2591 de 1991; Decreto 1069 de 2015; Decreto 1983 del 2018 y Decreto 806 del 2020.

HECHOS Y ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En la Sentencia condenatoria de primera instancia, emitida el **18/MAY/2021** en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar con Función de Conocimiento, en el punto de que se trata vulnerados de derechos fundamentales, al dictarse el fallo se dejó dicho:

> "Ahora, de otro lado, el Juzgado se ve obligado a mantener el sentido de FALLO ABSOLUTORIO en favor de ALEJANDRO MALKUN OYAGA, por el delito de Prevaricato, indicado al termino del juicio oral, inducido por un error involuntario, por un lapsus mental del funcionario, que en desarrollo de la verbalización del sentido de fallo, le generó una involuntaria confusión la existencia de otro de los concejales que no participó en los hechos delictivos y que no había votado por la

elegida personera, pero que si había participado en el debate, concejal de nombre ALEJANDRO MALKUN PALLARES, a quien el juzgado se refirió inicialmente pero al final del sentido de fallo se absolvió a ALEJANDRO MALKUN OYAGA, además Malkun pallares, no había sido acusado. Ese lapsus mental, ese error involuntario, que reconoce el juzgado, No puede ser corregido por el suscrito a pesar que lo hemos advertido, por no poder variar el sentido de fallo, como hoy pacíficamente lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, que no permite variar el sentido de fallo ni siquiera por vía de la Nulidad; ha dicho la Corte que el yerro solo puede ser subsanado por el superior, cuando las partes e intervinientes legitimadas ejerciten los recursos o mecanismos ordinarios.

En efecto la Corte Suprema de justicia desde la sentencia SP, 14 nov. 2012, rad. 36333[1], viene sosteniendo: Respecto de la naturaleza del anuncio del sentido del fallo, inicialmente la Sala estimó que se trata de "un concepto jurídico determinado y obligatorio", lo cual significa que la sentencia escrita guarde coherencia con el aviso oral y público hecho por el juez que presidió el juicio.

De ese modo advirtió que "Si el legislador consagró la obligación para el juez de informar a las partes el sentido de su resolución final, de manera oral y pública, es para garantizarles el pronto conocimiento de la decisión adoptada y que, por obvias razones, debe ser coherente con ese anuncio verbal. De otra manera, no tendría razón de ser la inclusión de ese precepto en la actual codificación procesal penal[2]".

Posteriormente en un caso, en el que el juez en la audiencia de lectura de la sentencia absolvió en lugar de condenar al acusado como lo había anunciado, citó las disposiciones de la ley 906 de 2004 relacionadas con el sentido del fallo, para precisar que junto con la sentencia escrita constituye un acto complejo que hace parte de la estructura básica del proceso.

Dijo entonces que "resulta incontrastable que la comunicación del juez sobre el sentido del fallo, acto con el que culmina el debate público oral, forma parte de la estructura básica del proceso como es debido y vincula al juzgador en la redacción de la sentencia.

"Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances".

…"De lo anterior deriva que el aviso público sobre condena o absolución hecho por el juez una vez finalizado el debate oral, constituye la resolución de mérito al conflicto, emitido el cual solamente resta redactar, a modo de sentencia, los aspectos que se deriven de ese aviso. Por modo que ésta no puede desconocer el sentido pronunciado, de donde surge que exista una unidad temática entre el sentido del fallo y la sentencia finalmente adoptada[3]"

[1] Tal criterio fue reiterado luego por la Corporación en AP, 27 feb. 2013, rad. 40110; SP, 25 sep. 2013,rad. 40334; y SP10400-2014, 5 ago. 2014, rad. 42495.
[2] CSJ SP 3 may. 2007, rad. 26222.
[3] CSJ SP 17 sep. 2007, rad. 27336.

En sentencia SP 2364-2018, Radicado 45098, Magistrado Ponente Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa, la Sala Penal de la Corte advirtió que la variación del sentido del fallo solo tiene la excepción cuando hay cambio de juez, dijo la Corte:

No obstante, quedó a salvo la posibilidad de la anulación del sentido del fallo en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez entre el anuncio del sentido del fallo.

Así lo precisó la providencia del 14 de noviembre de 2012, rad, 36333: Este procedimiento avalado por la Sala, tiene justificación únicamente en aquellos casos en los que por razones administrativas o de otra índole, la inmediación y la concentración no tienen cabal aplicación, en el entendido que el juez que intervino en el juicio oral y anunció el sentido del fallo no es el mismo encargado de redactarlo

Igual precisión hizo la Corte en reciente sentencia de fecha 3 de febrero de 2021, SP212-2021, Radicado No. 52400, Magistrada ponente Doctora Patricia Salazar Cuellar. Y dijo la Corte:

Esta Corporación ha reconocido la naturaleza compleja del fallo y el carácter vinculante entre el anuncio de su sentido y la sentencia, lo cual tiene razón de ser en cuanto las partes e intervinientes confían en que la decisión anunciada por el funcionario judicial corresponde a la directa percepción adquirida en desarrollo de la práctica probatoria del juicio oral, y no a factores externos aprehendidos ex post que puedan incidir en su conocimiento y apreciación subjetiva e individual de las pruebas. En este sentido esta Colegiatura ha dicho que: "Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances[4]".

Luego entonces, la única forma de subsanar el yerro involuntariamente cometido, es por vía de los recursos para que el superior en su sabiduría corrija y emita la sentencia que en derecho corresponde frente a este acusado Alejandro Malkun Oyaga". -**negrillas** y rayas ajenas al texto-

2. En el recurso de apelación propuesto por quien esto escribe -ahora actuando como apoderado especial en acción de tutela- contra la sentencia de primera instancia que se deja reseñada, se dejó argüido:

"

I. PRECISIÓN INICIAL.

Ab initio, le corresponderá a la **superioridad funcional**, en este caso concreto, abordar el tema que le propone el respetado Señor Juez **a quo**, respecto de un coacusado a quien, al anunciar el sentido del fallo, se absolvió bajo el prisma de haberse "...inducido por un error involuntario, por un lapsus mental del funcionario…" y, ante ello textualmente, se dejó expresado:

[4] CSJ SP 17 sep. 2007, rad. 27336; SP 30 oct. 2008, rad. 29872; SP 4 feb. 2009, rad. 30043.

*"…en desarrollo de la verbalización del sentido de fallo, le generó una involuntaria confusión la existencia de otro de los concejales que no participó en los hechos delictivos y que no había votado por la elegida personera, pero que si había participado en el debate, concejal de nombre **ALEJANDRO MALKUN PALLARES**, a quien el juzgado se refirió inicialmente pero al final del sentido de fallo se absolvió a **ALEJANDRO MALKUN OYAGA**, además Malkun Pallares no había sido acusado. Ese lapsus mental, ese error involuntario, que reconoce el juzgado, no puede ser corregido por el suscrito a pesar que lo hemos advertido, por no poder variar el sentido de fallo, como hoy pacíficamente lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, que no permite variar el sentido de fallo ni siquiera por vía de la Nulidad; ha dicho la Corte que el yerro solo puede ser subsanado por el superior, cuando las partes e intervinientes legitimadas ejerciten los recursos o mecanismos ordinarios".*

Al rompe, la solución no es la que propone el Señor Juez de primer grado, porque como él lo advierte se trató de un **lapsus linguae** al anunciar el sentido del fallo y un **lapsus calami** en la redacción de la sentencia de fondo, perfectamente corregible porque se trató, a simple ojos vista, de dos **ALEJANDRO MALKUN**, uno con segundo apellido de **OYAGA** y otro **PALLARES** y este último ni siquiera fue acusado ni enjuiciado, por lo que contextualmente el enjuiciamiento y la sentencia se pregona de **ALEJANDRO MALKUN OYAGA** sin equivoco alguno, o sea, no habría en rigor ninguna variación entre el sentido del fallo y el fallo escrito.

Ahora, la problemática se presenta cuando se sugiere a la **superioridad funcional** que solucione ese entuerto judicial, en coherencia respecto de **MALKUN OYAGA** y emita una **sentencia condenatoria** de cara a quien no ha tenido la oportunidad de apelar. En este caso la sentencia sería la primera condenatoria.

Con todo, el inconveniente que viene planteado, nada tiene que ver con la línea jurisprudencial y las enseñanzas alrededor de que "el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances" porque se trata de un escenario de **lapsus**, no de fondo o desconocimiento del debido proceso respecto de **MALKUN OYAGA**, que aquí fue evidentemente acusado, enjuiciado y condenado.

Todo lo inmediatamente anterior compromete la estructura conceptual del proceso, por lo tanto, debe decretarse la nulidad de la sentencia en su integridad para que se rehaga, incluyendo al coacusado que ocasionó la pifia judicial, con la consecuencia de cancelar las ordenes de captura que se hayan proferido contra todos los condenados para el cumplimiento de la sentencia".

3. En la sentencia condenatoria de segunda instancia que aquí se acciona (y se pretende también, la primera condenatoria), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dejó consignado:

"Denunció uno de los abogados de la defensa, que la sentencia atacada, no hace alusión a las razones por las cuales, el juzgamiento fue llevado a cabo por parte del Juez Segundo Penal del Circuito de Valledupar y no el señor Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná, a quien correspondía adelantar el juicio por cuanto los hechos ocurrieron en dicha municipalidad, considerando que la falta de competencia es causal de invalidación de lo actuado por vía de nulidad.

Al respecto, debe la Sala aclarar, que la afirmación del defensor[5] de los señores, Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera y Alexander Barragán Galvis, carece de cualquier sustento, al momento de denunciar la falta de competencia del Juez Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar, en la medida en que, en la actuación queda evidenciado las razones por las cuales el conocimiento del asunto llegó a la mencionada autoridad judicial.

Si bien, la sentencia de primera instancia no se refiere puntualmente a la competencia que ostenta el Juez de primera instancia para emitir su pronunciamiento de fondo en el presente asunto, deja de lado el señor defensor, que el asunto de marras sí llegó al conocimiento del Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná, quien mediante proveído[6] de fecha 28 de Febrero de 2017, declaró su impedimento, aduciendo que fue uno de los Jueces que tramitó una Acción de Tutela, la cual falló en contra de los coacusados, de las cuales la fiscalía predica su incumplimiento en los hechos objeto de investigación, al tiempo que advirtió que en razón de esa decisión, fue objeto de quejas disciplinarias y acciones penales en su contra, razones suficientes por las que ordenó el envío de las diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Valledupar, teniendo en cuenta que en el Circuito Judicial de Chiriguaná solo existe un solo juzgado penal del circuito.

Resulta apenas lógico entonces, que, en la audiencia de formulación de acusación, -escenario idóneo para el debate que hoy se plantea-, el entonces defensor de los procesados, ni los demás partes e intervinientes, presentaran reparo a la supuesta incompetencia del señor Juez Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar, por cuanto, es dable sostener que conocían del impedimento presentado por el señor Juez Penal del Circuito de Chiriguaná.

Bajo estas condiciones, sin dificultad, la Sala advierte que la situación que se plantea por el recurrente, no tiene asidero en la realidad procesal y en sentido contrario la variación en la atribución legal para definir la acusación presentada en este asunto, se encuentra debidamente justificada y amparada por demás en el ordenamiento jurídico, fruto de una manifestación de impedimento expresada por el titular del despacho al que primigeniamente le habría correspondido su conocimiento, y que fue pacíficamente aceptada por el funcionario judicial que se encargó de la tramitación penal.

---

[5] Dr. **HUGO MENDOZA GUERRA**.
[6] Folio 34, Expediente digital.

4. Igualmente, en la sentencia condenatoria de segunda instancia que aquí se acciona (y se procura, también la de primera condena), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dejó resuelto:

> "Finalmente y en relación a la situación del señor Alejandro Malkun Oyaga, para la Sala, no habría lugar a analizar la situación plateada por el defensor de los señores Ernesto Javier López Salazar, Walter García Machado, Jaime Enrique Cadena Muñoz, Iván Antonio Cadena Rivera y Alexander Barragán Galvis, cuando adujo que en virtud del error en el que incurrió el señor Juez de primera instancia, resultaba necesario invalidar la actuación a partir del sentido del fallo, con la finalidad que el señor ALEJANDRO MALKUN OYAGA pudiera recurrir la sentencia condenatoria en su contra.
>
> Lo anterior, por cuanto, tal situación no fue advertida por el defensor del procesado, lo que permite afirmar que el proponente no se encuentra legitimado para demandar la situación planteada, habida consideración que no afecta de ninguna manera a sus representados.
>
> Ahora, en gracia de discusión de aceptarse el interés y legitimidad del defensor en el hecho antes descrito, este argumento es inadmisible, entre otras cosas porque al tratarse de la primera sentencia condenatoria proferida por un Tribunal Superior, podrá el defensor o el sentenciado Alejandro Malkun Oyaga, acudir a la impugnación especial, en virtud del principio de doble conformidad, si a bien lo consideran, o en su lugar también optar por la alternativa del recurso extraordinario de casación, lo cual ya queda a su elección, con lo que se le hace efectiva su garantía procesal a la segunda instancia".

ACCIÓN DE TUTELA: MECANISMO EXCEPCIONALÍSIMO FRENTE A PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Los desarrollos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional, ora de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación penal, en relación con la procedencia excepcional contra providencias judiciales son suficientes y acabadas. Y ahora, se escribe para la Corte Suprema de Justicia, asamblea de juristas, todos, que releva de lenguajes disertos.

Los asertos jurisprudenciales señalan que su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la parte accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración y además que, "cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida "...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter especifico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta" (C-590/05; T-780/06; T-332/12, entre otras).

PRESUPUESTOS DE CARÁCTER GENERAL QUE HABILITAN LA INTERPOSICION.

DE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.-

Al rompe, la presente cuestión tiene relevancia constitucional habida consideración de que se trata de una temática que tiene que ver con la **doble conformidad judicial** y **la impugnación especial** prevista en la reforma legislativa del 2018 (Acto Legislativo No. 01) que ya cuenta con bastantes desarrollos jurisprudenciales tanto en la Corte Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia.

Empero, aquí habrá de dilucidarse por la novedad que resulta, si la **impugnación especial** como lo entiende la Sala de Decisión de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en la sentencia que se ataca por vía de acción de tutela, se habilita por **la omisión** de un juez de dictar una de primera instancia de naturaleza condenatoria, y que sí la profiere el de segunda instancia, so pretexto de que esta última se configura en primera condena de instancia, en una especie de apelación **per saltum** para salvaguardar el derecho de defensa de quien no tuvo o se le cercenó la oportunidad de apelar.

La relevancia constitucional la origina el hecho de que a la **doble conformidad judicial** y a **la impugnación especial**, con arreglo a la Constitución, las posibilitan **la primera sentencia condenatoria** que haya sido originada por una apelación, ***no por omisión o por error involuntario del juzgador.*** La primera sentencia es diferente a la primera sentencia condenatoria.

Aquí, respecto de un coacusado (**ALEJANDRO MALKUN OYAGA**) no hubo por superlativa omisión primera sentencia, sino primera sentencia condenatoria en una segunda instancia en la que **NO** intervino.

DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-

Desde luego que podría asumirse que en el caso de la especie subsiste el medio de defensa extraordinario, por ejemplo, de casación, aunque en la sentencia accionada, se habilita al no sentenciado que no apeló (**ALEJANDRO MALKUN OYAGA**) para que escoja entre el recurso extraordinario de casación y **la impugnación especial**, sin embargo, conforme los desarrollos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal, los términos procesales de la casación rigen los de **la impugnación especial**. El plazo para promoverla y sustentarla será el mismo previsto en código de procedimiento penal (ley 600 del 2000 o ley 906 de 2004) para el recurso de casación.

La subsidiariedad de la acción de tutela se pregona, s*alvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable,* porque sin duda alguna la eficacia o idoneidad de un medio extraordinario de casación, por sus técnicas, reparos, acreditación y fundamentación, imponen exigencias que hacen en la dura praxis judicial especialmente demorado, habiendo la oportunidad de una situación como la que ofrecen los hechos y datos relevantes de la presente acción de tutela, de enderezar anticipadamente la solución a una situación que socaba la estructura conceptual del proceso penal. En el caso concreto la eficacia de la casación ante la evidencia de un quebrantamiento ostensible del debido proceso, cede para superar el requisito de la subsidiaridad.

En perspectiva de eficacia resulta inexcusable retomar el cauce del debido procedimiento que esperar una nulidad en sede casacional, cuando protuberantemente se faltó al debido proceso, originado en sede de una primera instancia que **omitió** pronunciarse de fondo o sentenciar a un coacusado identificado e identificable por una confusión con otro que no fue siquiera investigado o acusado (**ALEJANDRO MALKUN PAYARES**), omisión que prohíja la **SALA** autora de la decisión judicial objeto de la presente acción constitucional de tutela, que conculca las garantías de aquel. Pero que no se le conoció ni mínima alusión por què se comparte la sinrazón señalada por el Juzgado a quo, que solicita a la segunda que corrigiera lo que en derecho correspondiera, respecto de su omisión.

Así las cosas, la **CSJ** puede superar el presupuesto de la subsidiariedad o residualidad siendo flexible de cara a la grave y protuberante irregularidad que se pone de manifiesto que hace ineficaz por problemáticamente idóneo el recurso extraordinario de casación ante situaciones como la contextualmente planteada. Es decir, en un caso concreto, como el que motiva el amparo constitucional que se propone.

DE LA INMEDIATEZ.-

La presente acción de tutela se plantea ante una sentencia condenatoria, emitida recientemente, es decir, el pasado **05/NOV/2021** y respecto de la cual, igualmente en oportunidad se ha propuesto recurso extraordinario de casación para precaver una extemporaneidad en la instauración del demorado remedio extraordinario. No por inseguridad en lo que se postula.

DE LA IRREGULARIDAD PROCESAL CON EFECTOS DETERMINANTES EN LA SENTENCIA CUESTIONADA POR RUTA DE ACCION DE TUTELA.-

Los derechos fundamentales de los accionantes, al **debido proceso** y a un **juicio con las formas propias**, no puede impedir que se acuda a la acción de tutela para subsanar una protuberante **irregularidad procesal** que se procura salvar acudiendo a una novísima figura como **la impugnación especial** respecto de un condenado por primera vez en segunda instancia, porque por omisión del juez de primera instancia no pudo apelar la primera sentencia condenatoria debido a que se omitió emitirla frente a él.

La solución de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar no es la constitucionalmente viable, conforme el alcance de la **doble conformidad judicial** y con ella **la impugnación especial**, respecto de la primera condena que se emitió irrespetando el procedimiento especialmente previsto.

EXPOSICIÓN RAZONABLE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. EL DEBIDO PROCESO.-

Viene siempre de decirse que las sentencias de primera instancia y las de segunda, en lo que no se contradigan, conforman una unidad jurídica inescindible (principio de unidad de fallos[7]) pero inamisible que el juez de primer nivel que omitió sentenciar por primera vez a uno de los coacusados, encuentre solución bajo el razonamiento que sigue: "(…) Luego entonces, la única forma de subsanar el yerro involuntariamente cometido, es por vía de los recursos para que el superior en su sabiduría corrija y emita la sentencia que en derecho corresponde frente a este acusado Alejandro Malkun Oyaga".

Y lo inadmisible salta colosal porque el acusado **MALKUN OYAGA** y su apoderado, no estaban habilitados para apelar una sentencia que no los afectaba, precisamente porque no se emitió respecto de ellos, entonces, para subsanar la pifia, la apelación de los otros sentenciados era la que habilitaba "para que el superior en su sabiduría corrija y emita la sentencia que en derecho corresponda frente al acusado Alejandro Malkun Oyaga". ¿¡Qué tal!?

Y la **SALA** de decisión penal del Tribunal Superior de Valledupar responde primero:

> "Lo anterior, por cuanto, tal situación no fue advertida por el defensor del procesado, lo que permite afirmar que el proponente no se encuentra legitimado para demandar la situación planteada, habida consideración que no afecta de ninguna manera a sus representados".

[7] Aquí se omitió uno contra el coacusado **MALKUN OYAGA**.

Y, ¿cómo lo iba advertir “el defensor del procesado” si contra su defendido **MALKUN OYAGA** no se había emitido sentencia de ninguna naturaleza?.

Y agregó la **SALA**:

> “Ahora, en gracia de discusión de aceptarse el interés y legitimidad del defensor en el hecho antes descrito, este argumento es inadmisible, entre otras cosas porque al tratarse de la primera sentencia condenatoria proferida por un Tribunal Superior, podrá el defensor o el sentenciado Alejandro Malkun Oyaga, acudir a la impugnación especial, en virtud del principio de doble conformidad, si a bien lo consideran, o en su lugar también optar por la alternativa del recurso extraordinario de casación, lo cual ya queda a su elección, con lo que se le hace efectiva su garantía procesal a la segunda instancia”.

Es que en interés jurídico en defensa de los derechos fundamentales al debido proceso y a la base conceptual del proceso penal, se hizo la postulación de la nulidad de la actuación -esto es, tener por nulo un acto, dejarlo sin valor ni fuerza o causar efecto por su oposición a lo sustancial- precisamente porque respecto de uno de los coacusados (**MALKUN OYAGA**) no se había emitido sentencia de fondo y la única vía no era retrotraer la actuación hasta la audiencia de anuncio del sentido del fallo, sino **RETOMAR** la audiencia donde se profirió la primera sentencia porque se trataba de un **lapsus calami** y no de un **error de estructura o de garantía**, que se corregía emitiendo la sentencia de manera integral respecto de todos los coacusados y, se le solicitó al Tribunal Superior que lo hiciera, al avocar conocimiento del asunto, no seis (6) meses después, cuando decidió de fondo la apelación. La dilación resultaba inadecuada.

En el segmento que se deja atrás transcrito, la **SALA** de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) dejó de concebir que la nulitación que se propuso, lo fue como remedio extremo, porque implica invalidar el acto y esa sanción surge no para las partes e intervinientes, sino para la propia administración de justicia que permitió el adelantamiento de una actuación penal sin garantizar el respeto irrestricto a las formas prestablecidas por el legislador y las garantías debidas a los actores del proceso penal.

PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA QUE HABILITAN LA PROCEDENCIA.-

En torno de **las exigencias específicas** que debe enrostrarse a la decisión objeto de acción constitucional de tutela se encuentran, por ejemplo:

DEFECTO ORGÁNICO.

Se presenta este defecto cuando el funcionario carece de competencia para emitir, por ejemplo, la sentencia de que se tratara, y en el caso penal que origina la presente acción de tutela, se hubo de advertir que el juzgado que la emitió no tenía competencia para haberla proferido por factor territorial. La afirmación la hizo igualmente quien esto escribe, porque ingresé como defensor técnico para formular la apelación de cara a la sentencia condenatoria que ya se había anteladamente anunciado y, como angustiosamente ocurre, no se nos posibilitó el expediente digital, no obstante que se requirió reiteradamente, en el entretanto demorado de haberse enunciado el sentido del fallo y la concreción de la sentencia de fondo de primera instancia, sin embargo, nunca se obtuvo y alrededor del punto la **SALA** accionada consignó:

> "Si bien, la sentencia de primera instancia no se refiere puntualmente a la competencia que ostenta el Juez de primera instancia para emitir su pronunciamiento de fondo en el presente asunto, deja de lado el señor defensor, que el asunto de marras sí llegó al conocimiento del Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná, quien mediante proveído[8] de fecha 28 de Febrero de 2017, declaró su impedimento, aduciendo que fue uno de los Jueces que tramitó una Acción de Tutela, la cual falló en contra de los coacusados…"

Al margen de que no se conocía por la defensa sobrevenida, por haber sucedido en encargo profesional a quien venía ejerciéndola, del auto interlocutorio del 28 de febrero del 2017, por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito donde ocurrieron los hechos materia de investigación y juzgamiento, se declaró impedido, es dable sostener, que la **SALA** penal del H. Tribunal Superior de Valledupar, conoció de una acción de tutela, relacionado con los mismos hechos materia de proceso penal y amparo el derecho constitucional mediante sentencia del **30/MAR/2016,** acción de tutela que originó la declaratoria de impedimento por el Señor Juez de Chiriguaná (Cesar), en consecuencia, siguiendo el hilo conductor de las reflexiones de la **SALA** han debido, pues, declararse (también) impedidos los integrantes de ese cuerpo colegiado, por consiguiente, no tenían competencia para fallar en segunda instancia, es decir, para emitir la sentencia objeto de la presente acción de tutela. La situación se pone ahora de presente porque no se conocía el hecho del impedimento del Juez Penal del Circuito de Chiriguaná, ni de esta última situación por no tener disponible el expediente digital, sino la documentación desordenada en manos de nuestros poderdantes.

A la fecha se reclama el **expediente digital** ahora ante la **SALA** contra la que respetuosamente se acciona.

[8] Folio 34, Expediente digital.

DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO.

Se presenta cuando el servidor judicial, singular o colegiado, actúa completamente al margen del procedimiento establecido.

Aquí es claro que no hubo apelación por el coacusado **MALKUN OYAGA,** entonces, la primera condena se profirió en segunda instancia, por la grave omisión que vulnera la estructura del proceso de no haberse emitido una de primera instancia en contra de aquel; tal tesis abre la posibilidad que por omisiones de esa jaez, terminen los procesos penales convirtiendo a la **CORTE** en un tribunal de apelaciones **per se**.

Es cierto que procede la doble conformidad judicial de la primera condena emitida entre otros por los Tribunales Superiores, conforme se advierte en el numeral 7º del art. 235 de la Constitución Nacional, empero, únicamente cuando la primera condena la emita un superior funcional, originada en una apelación propuesta contra una sentencia que por ejemplo absolvió, no cuando se deriva de una omisión de un juez de primera instancia como ocurrió en el caso penal del que proviene la presente acción de tutela. Recuérdese con la **CORTE** "*el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación" (T-114950).*

La **SALA** de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en la sentencia de segunda instancia del **05/NOV/2021** configura un **defecto procedimental absoluto** porque ambiguamente inventa un procedimiento para una situación que salvaguarda el derecho de defensa pero solo para cuando se emite una primera sentencia condenatoria devenida por una apelación distinta a un error, falencia u omisión, voluntaria o involuntaria de un servidor judicial. En esta materia se confunde el novísimo instituto de la **impugnación especial** con el recurso de apelación.

Postura insostenible que viene examinándose porque la **SALA** de Decisión Penal confunde o imbrica la primera condena con la primera sentencia, habida consideración de que la apelación posibilita el examen en segunda instancia, lo contrario abre exclusas para el **per saltum** (saltarse la apelación). Aquí hubo una sola sentencia respecto de un investigado y acusado, no ha habido una ratificación de la primera condena.

Es igualmente cierto, que **la doble conformidad judicial** procede ante la Sala de Casación Penal de la **CSJ** cuando la primera condena haya sido emitida en

segunda instancia, pero no **motu proprio**, sino provocada por una apelación de quien tenga interés jurídico.

En el asunto de que se trata, no se le dio oportunidad para proponer razones de recurso y examinar la fuerza de los mejores argumentos al coacusado **MALKUN OYAGA** ni a su apoderado, que lo fue otro diferente para controvertir lo decidido por el juez de primera instancia. Desde luego que la **SALA** de segunda instancia puede tener mejores razonamientos para proveer, empero, se subvierte el procedimiento y por ende el debido proceso cuando **per saltum** se posibilita una **impugnación especial** por un error judicial o un descuido inaceptable.

La sentencia objeto de acción constitucional no atiende las directrices jurisprudenciales de la **CSJ** establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263–2019, 3 abr. 2019, rad. 54215, y las reglas que vienen trazadas en la materia.

En suma, tolerar que se pueda **per saltum** apelar es desintegrar la estructura propia del instrumento de la doble conformidad judicial.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO.-

Los derechos fundamentales conculcados son el debido proceso, con arreglo a lo estatuido en el art. 29 de la Constitución Nacional al crearse un procedimiento de **doble conformidad judicial** no previsto en la propia constitución ni en la ley. Igualmente el acceso a la administración de justicia.

La decisión judicial objeto de acción constitucional vulneró el derecho constitucional al debido proceso y a la base conceptual del mismo, y en resumen fue adoptada por **motivos prácticos:** en todo caso el condenado en segunda instancia tiene oportunidad para (no apelar) sino ejercer la ahora denominada **impugnación especial.** El trámite en tales condiciones fue trascendente.

AMPARO CONSTITUCIONAL.-

Por todas las razones aducidas, se depreca que se acceda al amparo constitucional postulado **Y SE DEJE SIN VALOR NI EFECTOS** la sentencia del 5 de noviembre del año 2021 proferida en la **SALA** de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso penal donde se juzga el comportamiento de nuestros poderdantes. También, que se **ORDENE** que por la **SALA** accionada, se remita el proceso penal para que lo **RETOME** el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar y emita la sentencia que en debida forma

corresponda, para que en igualdad de condiciones por todos los coacusados se proceda conforme a derecho.

El dejar sin efectos la sentencia objeto de acción constitucional de tutela, obliga a retrotraer la actuación, reenviarla a la audiencia de lectura de fallo que permita el restablecimiento de garantías vulneradas, porque lo ocurrido, además de trascendente, es insubsanable, habida cuenta de que no se escuchó al coacusado respecto de quien se omitió pronunciarse sobre su situación jurídica. Esa omisión es trascendente porque afecta la estructura conceptual del proceso penal, esto es, desconoce las bases fundamentales del ciclo de juzgamiento (principio de trascendencia).

Al dejar sin efecto, la sentencia de segunda instancia del **5/NOV/2021**, se han de restablecer los derechos de los sentenciados y en su lugar disponer la libertad de los que se hallan privados de ella, y cancelarse las medidas cautelares de captura para quienes se encuentren en contumacia, porque lo tramitado no siguió los parámetros constitucionales o legales.

JURAMENTO

Bajo juramento se manifiesta que por los mismos hechos no se ha propuesto una acción de tutela similar ante otras autoridades, pero sí dentro de la oportunidad procesal, se ha formulado recurso extraordinario de casación, para promover, si hay lugar a ello, la demanda de casación que corresponda de cara a la sentencia objeto de acción constitucional de tutela.

PODERES

Por tratarse de una acción constitucional independiente al proceso penal de que se trata, se adjuntan los poderes otorgados por los accionantes **IVÁN CADENA RIVERA**, **ALEXANDER BARRAGÁN GALVIZ**, **WALTER GARCÍA MACHADO** y **JAIME ENRIQUE CADENA MUÑOZ.**

PRUEBAS

1. Se adjunta Sentencia de primera instancia, emitida el **18/MAY/2021** en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar con Función de Conocimiento.

2. Se anexa sentencia del **5/NOV/2021** emanada de la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

3. La **CSJ** ordenará a quien corresponda, la remisión del expediente digital de las dos instancias.

NOTIFICACIONES

A la entidad judicial accionada en el correo electrónico secsptsvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

A los accionantes y al suscrito abogado en el email: abogadohugomendoza@hotmail.com

Con todo respeto,

HUGO MENDOZA GUERRA
T. P. No. 38.947 del CSJ.
C.C. No. 92’185.491