



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE PROCESO PENAL – YERRO OBJETIVO O DE CARÁCTER LEGAL, EN LA TASACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN POR EL DELITO DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO CON ACEPTACIÓN DE CARGOS EN MODALIDAD DE TENTATIVA, Y NO CONSUMADA: La imputación, el allanamiento a cargos y lo reseñado en el escrito de acusación demuestran que el delito que se endilgó por parte del ente acusador fue en grado de tentativa.

Pero si es que alguna duda le asistía al Juzgado de conocimiento respecto al grado de participación en la que se efectuó la imputación, bastaba solo con acudir a la situación fáctica narrada por la misma Fiscalía en el escrito de acusación, para advertir que el acto de imputación no pudo haberse realizado por conducta consumada, no solo porque nunca lo indicó la Fiscalía, sino porque los hechos así lo determinaban y no existiría marco fáctico alguno para una diferenciación como la que considera el despacho accionado se efectuó, señálese al respecto que los procesados fueron capturados escondidos en la misma vivienda donde entraron a hurtar, nunca extrajeron del lugar los elementos que tenían pensado llevarse y la misma Policía los encontró en el lugar de los hechos. Y es que mírese, además, que el mismo Juzgado de conocimiento, en la parte considerativa de la sentencia proferida el 16 de octubre de 2018, adujo en dos oportunidades que se trataba de una conducta tentada y dispuso, incluso, que así sería emitida la sentencia.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE PROCESO PENAL – YERRO OBJETIVO O DE CARÁCTER LEGAL, EN LA TASACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN POR EL DELITO DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO CON ACEPTACIÓN DE CARGOS EN MODALIDAD DE TENTATIVA, Y NO CONSUMADA: Procedencia de la acción al verificarse carencia de defensa técnica.

Ahora, tal yerro en la dosificación punitiva, claramente, afecta de forma concreta los derechos fundamentales de los accionantes, primero, porque es gravísima la falta de intervención de su defensor público, que prácticamente puede entenderse como ausencia de defensa técnica al no recurrir la sentencia condenatoria de primer grado en los términos en que se profirió y, segundo, porque la condena interpuesta desconoce el principio de legalidad al no haberse tasado conforme correspondía, esto es disminuyendo el quantum punitivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del C.P. Tal situación, sin duda alguna hace necesaria la intervención excepcional de este Juez constitucional, para que se ordene al Juez de conocimiento que proceda a hacer la respectiva dosificación, atendiendo que la imputación, el allanamiento a cargos y lo reseñado en el escrito de acusación demuestran que el delito que se endilgó por parte del ente acusador fue el de hurto calificado y agravado en grado de tentativa.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE PROCESO PENAL – PROCEDENCIA DE REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO DEL 50% EN CASO DE REBAJA: El procedimiento Penal Abreviado, conforme al artículo 16 de la 1826 de 2017, estimó que la aceptación de cargos, en su primera oportunidad, contempla una rebaja de hasta la mitad de la pena, descuento aplicable, incluso, en los casos de flagrancia.

Finalmente, en lo que respecta a lo indicado por el Ministerio Público referente a que al procesado igualmente se le concedió un beneficio que no correspondía, como lo era la rebaja de pena por allanamiento del 50% a pesar de haber sido capturado en flagrancia, esta Sala no considera pertinente hacer pronunciamiento alguno sobre el particular, toda vez que ello obedeció a la aplicación del procedimiento Penal Abreviado que en su momento estimó pertinente la juez de conocimiento aplicable a este proceso. Recuérdese al respecto que la el artículo 16 de la 1826 de 2017, que introdujo el artículo 539 del C.P., estimó que la aceptación de cargos en el proceso penal abreviado, en su primera oportunidad, contempla una rebaja de hasta la mitad de la pena, descuento aplicable, incluso, en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la Ley.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO**
“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007
SALA ÚNICA

ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 063

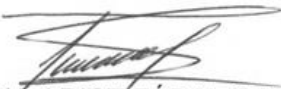
En Santa Rosa de Viterbo, a los once (11) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15759-31-04-001-2020-00027-01 de JHON LERDI GARZÓN MEJÍA y otro. contra JUZGADO 2° PENAL MUNICIPAL DE SOGAMOSO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

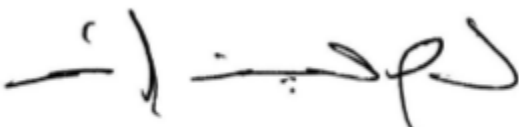
En constancia se firma por los intervinientes.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN	: 15759-31-04-001-2020-00027-01
ACCIONANTE	: JHON LERDI GARZÓN MEJÍA y otro.
ACCIONADO	: JUZG. 2° PENAL MUNICIPAL DE SOGAMOSO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
DERECHOS VULNERADOS	: DEBIDO PROCESO Y OTRO
DECISIÓN	: REVOCA
APROBACIÓN	: ACTA DE DISCUSIÓN No.
MAGISTRADO PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, once (11) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada, por la defensora pública de los señores JHON LERDI GARZÓN MEJÍA Y YUBEER ALEXANDER GARCÍA PUELLO contra la sentencia del 29 de abril de 2020 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

La defensora pública de los señores JHON LERDI GARZÓN MEJÍA Y YUBEER ALEXANDER GARCÍA PUELLO presentó demanda de tutela en contra del Juzgado Segundo Penal del Municipal de Sogamoso con Funciones de Conocimiento por la presunta vulneración del derecho fundamental al Debido Proceso que les asiste a sus representados afectados en virtud de la decisión del 16 de octubre de 2018 al interior del proceso penal que se adelantó en su contra, en virtud del cual se le condenó a 84 meses de prisión, sin tener en cuenta que los procesados aceptaron cargos por el delito de hurto Calificado y agravado, pero en grado de tentativa y no como conducta consumada, lo que conllevó a que se emitiera una condena que no correspondía con la conducta punible realmente aceptada condenándolo a una pena de prisión mucho mayor.

Funda la demanda, en síntesis, en los siguientes **HECHOS**:

1.- En contra de los señores JHON LERDI GARZÓN MEJÍA y YUBEER ALEXANDER GARCÍA PUELLO se adelantó proceso penal por la comisión de las conductas punibles de USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS Art. 188 D del C.P., en concurso con el punible de HURTO, previsto en el Art. 239 del C.P. CALIFICADO según el Art. 240 inciso 2 del C.P, y AGRAVADO conforme al Art. 241 numeral 10 del C.P., todos en ACCIÓN TENTADA.

2.- El proceso se adelantó con fundamento en los siguientes hechos narrados por el señor Fiscal en la audiencia celebrada ante el Juez de control de garantías:

“el día inmediatamente anterior, esto es 26 del mismo mes y año, siendo aproximadamente las 9:00 A.M, en virtud de una llamada a la línea de atención dada por la comunidad sobre una actividad sospechosa en la casa de habitación del señor VÍCTOR AFRICANO VEGA, ubicada en la carrera 9 No. 1-100 de esta ciudad, a lo cual se estableció por parte de la víctima que llegó una joven a su domicilio quien se identificó como SANDRA, con quien vía telefónica habían concertado una cita con anterioridad, en atención a que se encontraba interesada en ser contratada por el señor VÍCTOR, para servicios domésticos en su casa, llegado el día y la hora, se quedaron en la puerta hablando, cuando de pronto llegaron dos sujetos, quienes presuntamente intimidaron al señor VÍCTOR con un arma corto punzante, obligándolo a entrar al inmueble, mientras uno lo amenaza con el cuchillo el otro empieza la búsqueda de los elementos que se van a hurtar, sometiéndolo para que no gritara, fue en ese momento que llegó la policía por alertamiento de los vecinos y timbraron en la casa de manera insistente, el atracador le decía a la víctima que no gritaba que no saliera, pero la víctima logró convencerlos de que lo dejaran salir, pero con la condición que fuera con la menor MDLG, cuando le abrió a los policiales, la víctima les dijo a los uniformados que la mujer que lo acompaña junto con dos sujetos más los estaban hurtando por lo que ingresaron, encuentran escondidos a los señores JHON LERDY GARZÓN MEJÍA y YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO, a uno de los mismos le encuentran una maleta en cuyo interior habían 16 relojes que tiene el señor ALFONSO y en la pretina del pantalón le hallan la suma de un millón cuatrocientos sesenta mil pesos, en consecuencias se materializó la captura”

3.- La audiencia preliminar fue evacuada el 27 de julio de 2018, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con Funciones de Control de Garantías, diligencia en la que los señores GARZÓN MEJÍA y GARCÍA PUELLO aceptaron cargos, exclusivamente por el delito de Hurto Calificado y Agravado, así, en las referidas diligencias el juez de control de Garantías resolvió:

“A) Impartir control de legalidad formal y material a la captura de los ciudadanos JHON LERDY GARZÓN MEJÍA y YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO, de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento. B) Declarar la legalidad del acto de comunicación de la imputación a los señores JHON LERDY GARZON MEJIA y YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO, por ser COAUTORES A TITULO DOLOSO DE CONDUCTA TENTADA DEL DELITO DE USO DE MENORES DE EDAD PARA LA COMISIÓN DE DELITOS VERBO RECTOR “UTILIZAR”, EN CONCURSO CON EL DELITO DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Arts. 240 inciso 2 y 241 numeral 10 del C.P. (Minuto 50:35), con la constancia que mis representados aceptaron de manera parcial los cargos endilgados por la Fiscalía, esto es, única y exclusivamente el delito de Hurto Calificado y Agravado en grado de tentativa. C) Imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad a mis prohijados en Centro Carcelario de Sogamoso, decisiones que fueron notificadas en estrados sin recurso alguno por las partes”.

2.- Previa ruptura de la unidad procesal, el conocimiento del asunto correspondió al

Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso, judicatura que el 16 de octubre de 2018, luego de verificar que la aceptación de cargos fue libre, consciente y espontánea, dictó sentencia en su contra, así lo reseña la accionante en la demanda de tutela:

“El día 16 de octubre de 2018, el Juzgado de conocimiento fijó para llevar a cabo el traslado por escrito de la sentencia en atención a lo establecido en el Art. 22 de la Ley 1826 de 2017, en la cual en su parte considerativa ítem “doscificación (sic) de la pena” se tuvo en cuenta a efecto de tasar pena lo siguiente:

Como cuarto de movilidad se ubicó el despacho en la mitad del primer cuarto que corresponde 168 meses de prisión, aplicándole a mis prohijados tan solo el descuento por allanamiento a cargos, esto es el 50% de conformidad a lo establecido en el Art. 351 del C.P.P., con sujeción a lo anterior, el A quo Resolvió:

1. “Avalar el allanamiento a cargos hecho por YUBER ALEXANDER GARCIA PUELLO Y JHON LERDY GARZON MEJIA, por no existir violación a derechos y garantías fundamentales.

2. CONDENAR a YUBER ALEXANDER GARCIA PUELLO, identificado con cédula C.C. No. 1.057.603.592, expedida en Sogamoso (Boyacá) de condiciones civiles y personales conocidas en las diligencias a la pena principal de OCHENTA Y CUATRO (84 MESES DE PRISIÓN), como coautor y persona responsable del deliro de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

3. CONDENAR a JHON LERDY GARZON MEJIA, identificado con cédula C.C. No. 75.077.904 de Manizales (Caldas), de condiciones civiles y personales conocidas en las diligencias a la pena principal de OCHENTA Y CUATRO (84 MESES DE PRISIÓN), como coautor y persona responsable del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO...”

Decisión que fue notificada a los sujetos procesales sin ningún tipo de recursos ni objeciones.”

3.- Asegura la defensora que el juzgado accionado dejó de lado que a sus representados les fue imputada la conducta de hurto en grado de TENTATIVA, más no CONSUMADA, lo que obliga al Juez de conocimiento a dar aplicación a lo establecido en el Art. 27 del C.P., esto quiere decir, que la pena a imponer no puede ser menor de la mitad ni mayor de las $\frac{3}{4}$ partes del máximo.

4.- En virtud de lo anterior, estima que, para el caso en bajo estudio, la tasación correcta de la pena basándose en las consideraciones del Juez de conocimiento respecto de los cuartos de movilidad, la pena partiría de 84 meses de prisión, aplicando igualmente, el Art. 16 de la Ley 1826 de 2017 (Art. 539. Parágrafo), que señala que las personas que aceptan cargos en la primera fase de procedimiento tienen una rebaja del 50%, aplicándose también a los casos en caso de flagrancia, situación que se encuentra acorde al caso bajo estudio de acuerdo a los hechos fácticos base de la investigación, por consiguiente, y haciendo las operaciones aritméticas, la pena a imponer a los señores JHON LERDY GARZÓN MEJÍA y YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO sería 42 meses de prisión y no como lo determinó el Juez de conocimiento en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia en cita.

5.- A la fecha dicha decisión ya se encuentra ejecutoriada y la presente tutela se interpone atendiendo su designación como defensora pública de los procesados.

ADMISIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA

1.- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, al que correspondió por reparto, a través de auto del 17 de abril de 2020, admitió la demanda de tutela, ordenó la notificación del juzgado accionado y vinculó al proceso a la Apoderado de las Víctimas, la Defensoría del Pueblo, al señor Alfonso Africano Vega, a la FISCALÍA 23 URI DE SOGAMOSO, al Procurador 126 delegado para los Juzgados Penales del Circuito de Sogamoso, al Defensor Público Henry Edilberto Sanabria Vargas y al JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE SANTA ROSA DE VITERBO.

2.- El **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE SOGAMOSO** con funciones de conocimiento precisó que, en efecto, ante dicho despacho judicial se tramitó el proceso penal objeto de demanda de tutela y que allí se habían adelantado las siguientes actuaciones de relevancia para el asunto: (i) se avocó conocimiento mediante auto de 13 de septiembre de 2018 y se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de validez de la aceptación de cargos, traslado del artículo 447 y sentido del fallo para el 2 de octubre de esa misma anualidad; (ii) en dicha fecha se llevó a cabo la prenombrada diligencia, que se tramitó bajo lo dispuesto en la ley 1826 de 2017 y, en aras de evitar futuras nulidades, se dispuso la corrección del procedimiento, solicitando al señor Fiscal delegado surtir el respectivo traslado de la acusación por los delitos de Hurto Calificado y Agravado, atendiendo la ruptura de unidad procesal, traslado que se surtió directamente a los procesados, en presencia del defensor Dr. HENRY EDILBERTO SANABRIA; (iii) se indagó a las partes sobre manifestaciones frente al escrito de acusación, sin que existiera reparo alguno; (iv) verificada la audiencia de formulación de imputación, y una vez establecido que se aceptó cargos exclusivamente por el delito de hurto calificado y agravado, se procedió a dictar al respectiva sentencia.

Asegura que, conforme al escrito de acusación presentado, se advierte que la aceptación de cargos se dio por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO en acción consumada, pues la acción tentada recayó sobre el delito de USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS y no frente al delito de HURTO, por ello, considera que las decisiones tomadas al interior del proceso penal se encuentran conformes a derecho y no se ha trasgredido derecho fundamental alguno.

El **PROCURADOR 2016 JUDICIAL I** se pronunció sobre la demanda y precisó que, presumiendo veraz lo aducido por la accionante, es claro que la dosificación de la pena no se hizo conforme al grado de tentativa que fue por el que se acusó y el que se puede

derivar de la situación fáctica planteada; estima que el juzgado de primera instancia incurrió en dos yerros, primero, al conceder el 50% del descuento por allanamiento, cuando la captura acaeció en flagrancia y, segundo, haber impuesto condena como si se tratara de conducta punible consumada cuando la misma fue tentada. En consecuencia, solicita que se acceda al amparo y se corrija la actuación.

La **FISCALÍA 27 SECCIONAL DE SOGAMOSO**, señaló que no tuvo injerencia en el delito de hurto calificado y agravado por el que se condenó a los procesados, pues, su conocimiento respecto a la situación fáctica acaecida derivó de la ruptura de la unidad procesal y se limitó a la acusación que se dio por el delito de uso de menores de edad para en la comisión de delitos art. 188 del C.P., advirtiéndole que, en lo que hace al delito de hurto, el conocimiento correspondió a la Fiscalía 23 seccional URI.

El **JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD** indicó que su competencia está limitada a la vigilancia de la condena impuesta y que no tiene posibilidad de llevar a cabo ninguna modificación a la misma, pues no puede actuar como tercera instancia en el proceso.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 29 de abril de 2020 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, resolvió negar el amparo por improcedente, tras considerar, primero, que no se cumplía con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues la defensa de los procesados no agotó todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa con que cuenta y tampoco se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable; y, segundo, porque al llevar a cabo un estudio minucioso de la carpeta allegada al trámite de tutela contentiva de la actividad procesal surtida, se verificó que en la audiencia de formulación de imputación que se realizó el 27 de julio de 2018 ante el Juzgado Segundo con Funciones de Control de Garantías de Sogamoso, minutos 32:55, 33:34 y 51:12, el señor Fiscal 23 Seccional URI de Sogamoso, de manera clara y ordenada indicó que la imputación que se hace es por el delito de USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS en modalidad de tentativa y el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN ACCIÓN CONSUMADA.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior sentencia, la defensa de los accionantes interpuso recurso de apelación, en síntesis, por las siguientes razones:

1.- El operador judicial debe ser garante de los derechos sustanciales de las personas, y al observar alguna irregularidad al respecto está obligado a subsanarla, como garantía de los derechos del procesado.

2.- En este asunto es absolutamente evidente que existió un yerro en la sentencia proferida por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Sogamoso, toda vez que de la situación fáctica planteada se desprende que sus representados únicamente pudieron actuar en grado de tentativa, ya que los bienes a hurtar no alcanzaron a salir de la esfera de dominio de la víctima.

3.- En la imputación se dejó claro que ambas conductas punibles imputadas lo eran en el grado de tentativa y no una solo de ellas, así, al hacer la respectiva relación de los cargos, tomó primero el modo de participación que fue la coautoría y la ejecución de la conducta en grado de tentativa y luego hizo exposición de los dos delitos endilgados. Motivo más que suficiente para no compartir los argumentos esgrimidos por el juez de primera instancia en cuanto el grado de consumación de la conducta de hurto.

4.- El Juez accionado no tuvo en cuenta la imputación, dejando de lado que la conducta era en acción tentada, por lo que, de ser así, la falencia hubiera sido advertida por el Juez de Conocimiento, pues si bien tomó en cuenta el escrito de acusación, debía atender también lo aceptado por los procesados en audiencias preliminares.

5.- La autoridad judicial se equivocó en la tasación de la pena, la cual no puede ser atribuible a los procesados, pues ello implicaría una medida de reclusión mayor a la autorizada por la ley de acuerdo a las circunstancias que rodearon la infracción penal, en tanto, se estaría hablando de 3 años y medio más de privación de la libertad injusta.

6.- Asegura que el principio de subsidiaridad no puede ser óbice para permitir que estas personas paguen una condena que, conforme a la Ley no es corresponde; por lo que solicita, se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se amparen los derechos fundamentales de sus representados.

LA SALA CONSIDERA:

1. De la acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los

jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la Ley; pero que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que evidencia su naturaleza subsidiaria, limitando la prosperidad de la acción a la ausencia de medios ordinarios que garanticen la defensa proclamada.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia para la protección de un derecho, en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, principio de subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- El problema jurídico

En el caso, la demanda de tutela se dirige en contra de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con funciones de Control de Garantías el 16 de octubre de 2018, providencia por medio de la cual condenó a los señores YUBER ALEXANDER GARCIA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA a la pena principal de OCHENTA Y CUATRO (84) MESES DE PRISIÓN, como coautores responsables del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO; de ahí que su objeto sea determinar si con dicha decisión se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso de los accionantes por, presuntamente, haberse condenado por delitos diferentes a los que se les acusó; bajo dichas circunstancias, como primera medida, deben estudiarse las condiciones de procedibilidad de la tutela en contra de actuaciones judiciales y, posteriormente, si se superan dichos presupuestos, se estudie lo relativo a la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

3.- De la acción de tutela y su procedencia excepcional contra providencias judiciales.

El principio de subsidiariedad imperante para la procedencia de la Acción de Tutela, hace que, en principio, las decisiones judiciales sean inmunes a este mecanismo de

protección; sin embargo, propendiendo por una protección real y efectiva de los derechos fundamentales que muchas de las veces pueden verse afectadas por decisiones desatinadas de las autoridades judiciales, la jurisprudencia constitucional desde sus inicios admitió la tutela providencias judiciales¹, inicialmente, por lo que se llamó vía de hecho, es decir, cuando el funcionario se separaba de la normatividad de manera abierta, grosera o caprichosa; y luego, a partir del año 2005, en la sentencia C-590, con ponencia del Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, desarrollando el carácter excepcionalísimo que siempre ha mantenido, sistematizándolas en lo que se denominó desde entonces, requisitos generales de procedencia y requisitos específicos de procedibilidad de la tutela.

Los requisitos generales de procedencia son aquellos sin cuya concurrencia impiden que el juez de tutela aborde de fondo el conocimiento de las pretensiones de la demanda de tutela y, los requisitos específicos de procedibilidad, aquellos errores, defectos o falencias de los que adolece la decisión judicial, cuya comprobación implican la orden de protección. En la sentencia T-285 de 2010, se sintetizaron los primeros en los siguientes:

- a.- Que el asunto objeto de debate sea de relevancia Constitucional.*
- b.- Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial – ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- c.- Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.*
- d.- Cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora. En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.*
- e.- Que no se trate de sentencias de tutela por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.”*

El cumplimiento de los anteriores requisitos o presupuestos hace posible que se pase al estudio de las condiciones específicas de procedibilidad de la tutela, que, en términos de la jurisprudencia citada, se constituyen en aquellos defectos que de presentarse en el fallo atacado, generan una inmediata afectación a las garantías Constitucionales, a saber:

- “a.- Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b.- Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*

¹ Entre otras Sentencia T-231 de 1994.

c.- Defecto factico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d.- Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e.- Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f.- Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g.- Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

h.- Violación directa de la Constitución”.

DEL CASO EN CONCRETO

Dentro del presente asunto, los accionantes YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA se duelen que el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Sogamoso, a través de la sentencia del 16 de octubre de 2018, en la cual se les condenó como coautores del delito de Hurto Calificado y agravado, tasó la pena sin tener en cuenta que la acusación y la respectiva imputación se dio por el delito en grado de tentativa, lo que hizo que la condena impuesta fuera mucho mayor.

En relación con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se cumplen los relacionados con que la vulneración al debido proceso que se denuncia tenga relevancia constitucional, se expresaran las razones que motivan la presentación de la demanda y la decisión que se controvierte no es otra sentencia de tutela, pero no así el relativo a la subsidiariedad y la inmediatez, pues tal como lo indica el juzgado de primera instancia y lo acepta la misma recurrente contra la sentencia que impuso la sanción penal no se presentó recurso de apelación, a pesar de que el mismo era procedente y el tiempo transcurrieron entre la fecha en que quedó ejecutoriado la providencia censurada y la presentación de la tutela claramente supera los seis meses que se han determinado como periodo razonable para la interposición de la misma.

Si bien lo anterior conllevaría a que, en principio, la demanda de tutela sea desestimada por ausencia de los requisitos generales de procedibilidad, debe recordarse que existen eventos excepcionalísimos que, ante la clara y evidente afectación de las garantías fundamentales, permite al Juez Constitucional el estudio de fondo del asunto, a pesar del incumplimiento de las causales referidas, situación que efectivamente se presenta en este asunto, tal como se pasa a exponer.

Lo primero que debe señalarse sobre el particular es que la demanda de tutela ha sido impuesta, única y exclusivamente con el objeto de que se garantice el debido proceso y el principio de legalidad que, asegura, le han sido vulnerados a los accionantes al momento de dosificar la pena, pues, aparentemente, el Juzgado cometió un error de tipo objetivo sobre ella, de tal forma que los señores YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA no ponen en entredicho su responsabilidad, ni mucho menos su aceptación de cargos; esto conlleva sin duda, a que se considere que lo que alega el accionante es la comisión de un error de tipo legal, que, en principio, no tiene como finalidad llevar a cabo un debate sobre responsabilidad, eventos éstos en que la Corte Suprema de Justicia ha admitido la procedencia de la tutela, advirtiendo que ello no constituye una alteración del principio de cosa juzgada; así lo precisó, entre otras, en providencia del 1° de abril de 2014, rad. N° STP 72514.

*“3. De otra parte, es del caso aclarar que si bien el libelista no promovió el recurso de impugnación ni de casación y la sentencia de segunda instancia data del 2012, esta Sala ha sido del criterio que frente a la existencia de un error legal o constitucional **objetivo**, como el señalado en este caso, tiene cabida el amparo, claro está, sin que ello implique remover la ejecutoria de la providencia. Esto último, en tanto que:*

(...) la morigerada flexibilización de la cosa juzgada en el Estado constitucional que dio cabida a la acción de tutela contra providencias judiciales, es precisamente para privilegiar ponderadamente la realización del derecho sustancial con un mínimo de justicia material, sobre las rígidas formas que eventualmente podrían esconder decisiones judiciales inaceptables desde una perspectiva realista y humanizada del ordenamiento jurídico, enfoque del que no puede ser ajeno el operador –judicial- como juez constitucional –de tutela- ni como fallador ordinario, pero de ninguna manera, so pretexto de defender los derechos fundamentales, la acción constitucional puede servir de instrumento para generar impunidad, propiciar la prescripción de la acción penal, promover la incuria o negligencia de las personas frente a los procesos ordinarios, o habilitar los recursos no ejercidos en tiempo.

*Posición que tiene respaldo en las sentencias de tutela proferidas por esta Sala el 9 de marzo de 2010, rad. 46583; 18 de mayo de 2010, rad. 48065; 9 de octubre de 2013, rad. 69613 y 21 de enero de 2014, rad. 71200, mediante las cuales fueron amparados los derechos fundamentales de los entonces accionantes, no obstante que éstos no ejercieron la totalidad de los recursos, por observarse en todos esos casos defectos **objetivos** de carácter puramente jurídico con efecto en el quantum de la pena –como en este asunto-, sin remover la ejecutoria de las sentencias”.*

Aclarado, entonces, que el hecho de que se debate un aspecto meramente objetivo en la dosificación de la pena, permite la excepcionalísima revisión de la decisión judicial objeto de reproche, procede esta Sala a verificar los desaciertos que se le endilgan a la sentencia del 16 de octubre de 2018.

De la revisión del proceso Penal remitido en medio digital para el trámite constitucional, se encuentra que el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Sogamoso el 16 de octubre de 2018 resolvió condenar a los accionantes a la pena principal de 84 meses de prisión, en calidad de coautores del delito de Hurto Calificado y Agravado, constituyéndose el principal reparo a la decisión que, al momento de

dosificarse la pena, el Juzgado omitió que la conducta aceptada era por la comisión del delito en grado de tentativa y no consumado, por lo que no se llevó a cabo la tasación de la condena atendiendo el artículo 27 del C.P.

Si se mira tan solo la respuesta dada por el juzgado accionado a la demanda de tutela y algunos de los múltiples argumentos que esboza la defensa de los accionantes, pareciera que, en principio, el debate se limitara a establecer si los procesados actuaron en un grado de participación diverso al que imputó la Fiscalía, esto por cuanto el juzgado de conocimiento insiste en todo momento en que la conducta de hurto se imputó como consumada y no como tentativa y que fue por ello que se profirió la condena en tal sentido.

Sin embargo, basta tan solo con verificar las actuaciones que se surtieron tanto ante el Juez de Control de Garantías como ante el Juez de conocimiento, para advertir con absoluta certeza que lo que ocurre en este caso, si corresponde a un yerro objetivo o de carácter legal, cometido al momento de tasación la pena, pues desde el mismo momento en que se imputó cargos y se presentó el escrito de acusación se advirtió con suficiencia que tales actos de imputación y acusación de parte de la Fiscalía se hacían en contra de los procesados en calidad de coautores del delito en acción tentada, calidad reconocida para ambos ilícitos.

Los hechos por los que se acusa a los procesados fueron descritos en la relación fáctica inicial de esta providencia y ellos, en efecto, corresponden a las mismas circunstancias fácticas por las que imputó y acusó la Fiscalía. Así, acaecida tal situación, la audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el día 27 de julio de 2018 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con Funciones de Control de Garantías, diligencia en la que el Fiscal hizo la siguiente imputación:

“Por estas situaciones su señoría, la Fiscalía les hace imputación a los aquí presentes, en calidad de coautores a título de dolo y de conducta tentada de que nos habla el artículo 188 D del Código Penal que dice uso de menores de edad para la comisión de delitos, a adicionado por el artículo 7 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011 bajo el verbo rector utilice que tiene una pena de prisión de 10 a 20 años, teniendo en cuenta que la menor que fue utilizada a la fecha cuenta con apenas 16 años de edad, conducta esta que se encuentra en concurso con el delito de que nos habla el mismo Código Penal, esto es el delito de hurto, para el caso en concreto, hurto calificado, de acuerdo al inciso segundo de este mismo Código Penal del artículo 240 del C.P., es decir, hurto calificado, que la pena de prisión será de 8 a 16 años cuando se cometiere con violencia sobre las personas, observemos que aparte de que lo intimidaron con un cuchillo, dice la víctima que lo golpearon y a su vez se encuentra este hurto agravado teniendo en cuenta que fue realizado por más de dos personas, se nos cumpliría el requisito que nos habla el artículo 241 en su numeral 10, porque, como dije anteriormente fue realizada la conducta pro dos o más personas, hecha la imputación, la Fiscalía les hace saber a los aquí presentes, que teniendo en cuenta que su captura fue en situación de flagrancia, en el evento que acepten cargos solo tendrán $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de

*la Ley 906 de 2004. Esta es la imputación que hace la Fiscalía señor juez muchas gracias”
Minuto 32.10*

Una vez verificada que la aceptación fue libre consciente y voluntaria el juez de conocimiento dispuso:

“Declara legalmente formulada la imputación en contra de YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO, identificado con CC 1.057.603.592 de Sogamoso y del señor JHON LERDY GARZÓN MEJÍA, identificado con C.C. 75.077.904 de Medellín, de ser los coautores a título doloso de conducta tentada del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos con el verbo rector utilizar en concurso con el delito de hurto calificado y agravado, descrita en los art. 240 inciso 2 y art. 241 numerales 10, se deja constancia que aquí los señores imputados aceptaron el cargo de hurto calificado y agravado en situación de flagrancia más no el de uso de menores de edad para la comisión del delito” (minuto 50.14)

Ahora bien, presentado el escrito de acusación ante el Juez de Conocimiento, la situación jurídica de los procesados fue definida de la siguiente forma:

Esta Delegada con todo el material probatorio y evidencia física allegadas a la investigación, solicitó ante el señor Juez Segundo Penal Municipal de Sogamoso con Función de Control de Garantías las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación a los indiciados JHON LERDY GARZÓN MEJÍA, identificado con la e.e. No. 74.077.904 expedida en Manizales Caldas y YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO, identificado con la C.C. No. 1.057.603.592 expedida en Sogamoso, EN CALIDAD DE COAUTORES, EN ACCIÓN TENTADA, A TÍTULO DE DOLO DEL DELITO USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS, ART. 188 D del C.P. EN CONCURSO CON EL PUNIBLE DE HURTO, previsto en el Artículo 239 C.P. CALIFICADO según el art. 240 C.P. inciso 2º Con violencia sobre las personas y AGRAVADO, CONFORME AL ART. 241 C.P. Numeral 10º Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto. LOS IMPUTADOS ACEPTARON PARCIALMENTE LOS CARGOS,

El anterior recuento permite entrever que la condición de coautores en acción tentada a título de dolo, fue un calificativo que otorgó el ente acusador y que, claramente, cobijaba a los dos delitos por los que se imputó, de lo contrario, debía haber manifestado la misma especificidad dicha para el delito de uso de menores, respecto al delito de hurto, esto es, haber señalado con detenimiento que en el caso del hurto se trataba de una acción consumada.

Pero si es que alguna duda le asistía al Juzgado de conocimiento respecto al grado de participación en la que se efectuó la imputación, bastaba solo con acudir a la situación fáctica narrada por la misma Fiscalía en el escrito de acusación, para advertir que el acto de imputación no pudo haberse realizado por conducta consumada, no solo porque nunca lo indicó la Fiscalía, sino porque los hechos así lo determinaban y no existiría marco fáctico alguno para una diferenciación como la que considera el despacho accionado se efectuó, señálese al respecto que los procesados fueron capturados escondidos en la misma vivienda donde entraron a hurtar, nunca extrajeron del lugar los elementos que tenían pensado llevarse y la misma Policía los encontró en el lugar de los

hechos.

Y es que mírese, además, que el mismo Juzgado de conocimiento, en la parte considerativa de las sentencia proferida el 16 de octubre de 2018, adujo en dos oportunidades que se trataba de una conducta tentada y dispuso, incluso, que así sería emitida la sentencia

En el folio 58, acápite de fundamentos legales, la Juez de conocimiento refirió:

En el presente caso, el señor Fiscal corre traslado del acta del escrito de acusación a los intervinientes en el proceso, acusación que hace contra YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO (...) y contra JHON LERDY GARZÓN MEJÍA de ser coautores materiales a título de dolo, en acción tentada, de la conducta tipificada en el Código Pernal: Título VII de los delitos contra el patrimonio económico. Capítulo I del Hurto artículo 239 calificado y agravado por los artículos 240 inciso segundo (...) Subrayas fuera de texto original

Y más adelante, en el mismo acápite, precisó:

“De los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, así como las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos, permiten desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, el comportamiento delictivo coincide con la conducta punible descrita en la acusación título VII de los delitos contra el patrimonio económico, Capítulo I del HURTO, artículo 239, CALIFICADO Y AGRAVADO por los artículos: 240 inciso 2 (con violencia sobre las personas}. Y artículo 24 I numeral I O (con destreza o arrebatando cosas u objetos que las personas llevan consigo, por consiguiente, se condena a YUBER ALEXANDER GARCIA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA, en calidad de coautores, a título doloso y de acción tentada”. Subrayas fuera de texto original

Fíjese entonces que no comprende la Sala los motivos por los cuales, incluso al recorrer el traslado de la acción de tutela, se insiste que se trató de una imputación de hurto como acción consumada, cuando lo cierto es que la situación fáctica, la forma en que se imputó y acusó por la Fiscalía y los mismos señalamientos del juzgado en la parte considerativa de la sentencia, permiten entrever que se trató de una aceptación de cargos por una conducta tentada, sin que en ningún momento, como lo aseguró el juez de primera instancia se haya manifestado que se trataba de una conducta consumada.

Ahora, tal yerro en la dosificación punitiva, claramente, afecta de forma concreta los derechos fundamentales de los accionantes, primero, porque es gravísima la falta de intervención de su defensor público, que prácticamente puede entenderse como ausencia de defensa técnica al no recurrir la sentencia condenatoria de primer grado en los términos en que se profirió y, segundo, porque la condena interpuesta desconoce el principio de legalidad al no haberse tasado conforme correspondía, esto es disminuyendo el quantum punitivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del C.P.

Tal situación, sin duda alguna hace necesaria la intervención excepcional de este Juez constitucional, para que se ordene al Juez de conocimiento que proceda a hacer la respectiva dosificación, atendiendo que la imputación, el allanamiento a cargos y lo reseñado en el escrito de acusación demuestran que el delito que se endilgó por parte del ente acusador fue el de hurto calificado y agravado en grado de tentativa.

Finalmente, en lo que respecta a lo indicado por el Ministerio Público referente a que al procesado igualmente se le concedió un beneficio que no correspondía, como lo era la rebaja de pena por allanamiento del 50% a pesar de haber sido capturado en flagrancia, esta Sala no considera pertinente hacer pronunciamiento alguno sobre el particular, toda vez que ello obedeció a la aplicación del procedimiento Penal Abreviado que en su momento estimó pertinente la juez de conocimiento aplicable a este proceso. Recuérdese al respecto que la el artículo 16 de la 1826 de 2017, que introdujo el artículo 539 del C.P., estimó que la aceptación de cargos en el proceso penal abreviado, en su primera oportunidad, contempla una rebaja de hasta la mitad de la pena, descuento aplicable, incluso, en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la Ley.

Por lo anterior, esta Sala considera imperioso tutelar los derechos fundamentales de los señores YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA, pues es clara la existencia de una vía de hecho que afecta su derecho fundamental al debido proceso, procediendo a corregir tal defecto para ordenar al Juez de Conocimiento que proceda nuevamente a dosificar la pena, teniendo en cuenta que el delito de hurto calificado y agravado por el que aceptaron cargos se imputó en grado de tentativa; los demás parámetros que fueron establecidos en la sentencia para la tasación de la pena deberán mantenerse.

Corolario de lo expuesto, las pretensiones de la demanda de tutela presentan vocación de prosperidad y, por ende, se revocará la sentencia impugnada y se ordenará al Juzgado accionado que corrija la sentencia condenatoria proferida en contra de YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental al Debido Proceso de los señores YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEJAR sin efecto la providencia proferida el 16 de octubre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Sogamoso al interior del proceso penal adelantado en contra de los señores YUBER ALEXANDER GARCÍA PUELLO y JHON LERDY GARZÓN MEJÍA. En consecuencia, **ORDENAR** a dicho despacho judicial que, en el término improrrogable de veinte días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia, atendiendo los parámetros expuestos en este fallo.

CUARTO: NOTIFÍQUESE ésta determinación a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

QUINTO: En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

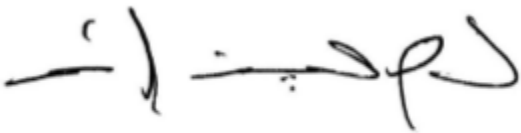
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado