



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Penal  
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**Magistrado Ponente**

**STP7748-2024**

**Radicación n.º 137686**

Acta No. 151

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

**ASUNTO**

Derrotada la ponencia presentada por la Magistrada Myriam Ávila Roldán, se resuelve la acción de tutela promovida por Gerardo Díaz Sánchez, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Al presente trámite fueron vinculados el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado Mixto con Función de Conocimiento de Cúcuta y las partes e intervinientes en el proceso penal 54001600878020220005101.

## **LA DEMANDA**

Conforme con el libelo y los demás elementos obrantes en la actuación, se destaca lo siguiente:

1. El 30 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta, la Fiscalía Cuarta Especializada Delegada ante el GAULA, formuló imputación contra Gerardo Díaz Sánchez y otros dos sujetos por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir con fines extorsivos, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y, uso de menores de edad en la comisión de delitos.

2. El 28 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado Mixto con Función de Conocimiento de Cúcuta, desarrolló audiencia de formulación de acusación.

3. Radicado preacuerdo suscrito por las partes, el 26 de septiembre de ese mismo año se celebró audiencia de verificación de preacuerdo. Allí, el Fiscal verbalizó el acuerdo suscrito con los procesados, el cuál consistió en que el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado (art. 366, CP), se variaría al punible de

fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365 CP), para efectos punitivos.

De esta manera, argumentó que en virtud del artículo 31 del Código Penal, para dosificar la pena, se debía tomar como delito más grave, el de concierto para delinquir agravado, con pena mínima de 8 años, para aumentar en 12 meses por el punible de uso de menores de edad en la comisión de delitos, más otros 12 meses por el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (respecto de la escopeta de fabricación artesanal), y otros 12 meses por el último injusto (en relación al arma 9 milímetros con capacidad superior del proveedor); todo lo cual arrojaba un quantum de 132 meses y multa de 2700 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. El preacuerdo fue improbadado por el Juez, quien explicó que en la acusación había sido formulado el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos agravado -al obrar en coparticipación criminal-, con pena mínima de 22 años, y que al variar su calificación al tipo de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, se mantenía el agravante (núm. 5, art. 365 CP), lo que significaba que la pena, por esa conducta, era de 9 a 18 años; de modo que era éste, y no el punible de concierto para delinquir agravado, el tipo penal con la pena más elevada.

5. Ese auto fue apelado por la defensa de los procesados y, en proveído del 30 de abril de 2024, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la decisión. Subrayó que la imputación y acusación contenían, entre otros, el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos agravado, y que al efectuar la variación de calificación en el preacuerdo, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones:

*NO tuvo en cuenta el agravante que había endilgado, pues el mismo al variar la conducta no desapareció, sin que en el preacuerdo se hubiese pronunciado al respecto.*

*La anterior omisión, sin lugar a dudas vulneró el principio de legalidad, toda vez que al quedar dicha conducta en el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, estipulado en el art. 365 del Código Penal, con el agravante consagrado en el numeral 5º -obrar en coparticipación criminal- de dicha norma, la pena quedaba con un mínimo de 18 años, equivalentes a 216 meses.*

*Razón por la que dicho mínimo de 216 meses, es superior a los 96 -equivalentes a 8 años-, del concierto para delinquir agravado, que tuvo en cuenta el Fiscal delegado, como delito más grave, de acuerdo a lo normado en el art. 31 del Código Penal, sin que la Fiscalía hubiese aclarado tal situación, yerro que quedó reflejado en la dosificación punitiva del concurso de conductas punibles y la integración del otro tanto.*

Por la anterior razón, el Tribunal evidenció el error de la Fiscalía al realizar la dosificación punitiva, concediéndole la razón al Juez de primer grado.

6. El 15 de mayo del año en curso, Gerardo Díaz Sánchez presentó acción de tutela contra la Sala Penal del

Tribunal Superior de Cúcuta, por la presunta vulneración al debido proceso. En concreto, aun cuando no hizo alusión a algún posible defecto en que hubiese incurrido la providencia, solicitó el amparo a su derecho fundamental del debido proceso en aras de ordenar a la autoridad accionada que apruebe el preacuerdo celebrado *«por la mitad de la pena y la exclusión de los delitos mal comprometidos en la acusación»*.

### **RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS**

1. El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, que fungió como ponente de la decisión cuestionada, afirmó que no vulneró las garantías superiores del accionante. Para efectos de examinar las razones expuestas en el proveído, remitió copia del auto del 30 de abril.

2. El titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado Mixto con Función de Conocimiento de Cúcuta, luego de un breve recuento de las actuaciones adelantadas en el proceso, concluyó que no se produjo vulneración o amenaza de prerrogativas constitucionales.

Agregó que, una vez notificado por el Tribunal de lo resuelto en el recurso, mediante auto del 6 de mayo, fijó audiencia preparatoria para el 12 de junio.

3. El Fiscal Catorce Especializado de la Unidad de Juicios de Cúcuta, afirmó que el proceso se encuentra en

etapa de juicio. En ese sentido, subrayó la posibilidad de volver a presentar el preacuerdo si se ajusta a los parámetros de legalidad señalados por el juez colegiado.

4. La Fiscal Cuarta Especializada Delegada ante el GAULA manifestó que fue designada en ese cargo desde el 6 de mayo de 2023 y desconoce los hechos expresados en la acción de tutela.

### **CONSIDERACIONES**

1. La Sala es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021 toda vez que la queja constitucional involucra una decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, de la cual esta Sala es superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

3. En el presente asunto, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la acción de tutela es procedente para examinar la decisión del 30 de abril del año en curso, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, con la que confirmó el auto del 26 de septiembre de 2023, mediante el cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado Mixto con Función de Conocimiento de Cúcuta improbo el preacuerdo celebrado entre Gerardo Díaz Sánchez y la Fiscalía, al interior del proceso 54001600878020220005101, bajo la tesis de que ello vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor.

Luego, toda vez que la petición de amparo se dirige contra decisiones judiciales, la Corte precisará las condiciones genéricas y específicas de procedibilidad de tutela contra providencia judicial, con la finalidad de verificar si en el caso *sub judice* tales requisitos fueron cumplidos.

#### **4. De la acción de tutela contra decisiones judiciales.**

La acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad, genéricos y específicos, que consientan su interposición<sup>1</sup>; 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

---

<sup>1</sup> CC, sentencias C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de 2017, entre otras.

accionada, contrariando así su esencia, que no es distinta a denunciar la violación y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

En cuanto a los requisitos genéricos, estos implican (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que, cuando se trate de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que estos se hubiesen alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible y, por último, (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora, en relación con los segundos, la jurisprudencia antes referida ha reiterado que para verificar su cumplimiento se debe lograr la demostración de por lo menos uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal



establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) o h) la violación directa de la Constitución.

En ese orden, el interesado debe demostrar de manera clara cuál es la irregularidad grave en la que incurrió el funcionario judicial, su efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y cómo afecta sus derechos fundamentales. No basta con aducir cualquier anomalía o desacierto dentro del proceso para que por vía de amparo pueda revisarse la actuación de un funcionario judicial, en tanto que el juez constitucional no es una instancia adicional *revisora* de la actuación ordinaria.

En otros términos, es factible acudir a la tutela frente a una irrazonable decisión judicial. Y el error de la autoridad debe ser *flagrante y manifiesto*, pues no puede el juez constitucional convertirse en un escenario supletorio de la actuación valorativa propia del juez que conoce el proceso. Ello desconocería su competencia y autonomía.

**5. Del caso concreto y la inobservancia del principio de subsidiariedad por existir un proceso penal en curso.**

Con fundamento en la demanda de tutela y los demás elementos de convicción que reposan al interior del expediente constitucional, la Sala estudiará la procedencia de la presente solicitud de amparo en contra de providencia judicial.

En primer término, resulta incuestionable que se está frente a un asunto de relevancia constitucional, pues se trata de analizar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante con la decisión de segunda instancia del 30 de abril del año en curso, proferida dentro del proceso 54001600878020220005101.

No obstante, no se aprecia que en el caso *sub examine*, se cumpla el presupuesto de la subsidiariedad, en la medida que, el proceso penal que se surte en contra de Gerardo Díaz Sánchez se encuentra en curso y, es al interior de aquel, donde el promotor debe procurar la admisión de su hipótesis en las etapas procesales pertinentes o a través del agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial con los que cuenta.

En efecto, al revisar los medios de convicción aportados al presente diligenciamiento, logra advertirse que, tras haberse improbadado el preacuerdo celebrado entre Díaz Sánchez y la Fiscalía, la actuación judicial adelantada en contra del accionante se mantiene vigente y, con ella, la

posibilidad de ejercer diversos medios de defensa que se encuentren orientados a lograr la satisfacción de sus intereses procesales.

Es así que, por ejemplo, el demandante en tutela queda habilitado a celebrar un nuevo preacuerdo con la Fiscalía, ello conforme con las reglas previstas tanto en la legislación procesal penal como en la jurisprudencia que las ha desarrollado, provocando así un nuevo pronunciamiento de la jurisdicción.

De igual modo, con la decisión del Tribunal accionado, Díaz Sánchez tiene la oportunidad de acudir al proceso penal ordinario, con el fin de ejercer allí la defensa de sus intereses, provocando de ese modo que el ente acusador asuma la carga procesal de desvirtuar su presunción de inocencia, escenario que también le habilita diversos medios de defensa que se encuentran orientados a garantizar el respeto de sus derechos fundamentales.

Incluso, en caso de que se culmine la actuación por la vía ordinaria con sentencia desfavorable al procesado, éste puede interponer recurso de apelación en contra de aquella, cuyo resultado, eventualmente le generara interés jurídico para acudir en casación.

Bajo esa perspectiva, inhabilitado se encuentra el juez de tutela para realizar cualquier tipo de pronunciamiento sobre el punto en discusión, ya que de hacerlo estaría

desconociendo el carácter residual de la acción constitucional, al tiempo que entraría a invadir las competencias del juez natural de la causa.

Y es que actuar de manera distinta, por vía de la acción de tutela, sería ignorar y desconfigurar los fines para los cuales fue creada, ya que se le brindaría un uso alternativo, orientado a suplantar, tanto al procedimiento como a los jueces ordinarios, situación que podría poner en riesgo la seguridad jurídica, así como los derechos de las demás partes e intervinientes dentro del procesos que se encuentran en curso, como de las actuaciones que se podrían emprender, razón suficiente para tener por improcedente el amparo deprecado.

En este punto, pertinente resulta ilustrar al actor en el sentido de indicarle que no es potestad suya la de sustituir unas actuaciones judiciales por otras, según se acomoden o no a sus intereses personales, pues ello sería admitir que los usuarios de la administración de justicia puedan llegar a desconocer las formas propias de cada juicio y con ello romper la igualdad ante la ley.

Abundante ha sido la jurisprudencia constitucional al precisar la improcedencia de la acción, dado su carácter residual y subsidiario, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales aspectos, de allí que si el libelista tiene a su haber el instrumento judicial apto, no resulta legítimo que

pretenda crear alternativamente otra vía para lograr órdenes o declaraciones que son competencia del Juez natural y no del constitucional, pues ello no se compeadece con la naturaleza y finalidades del mecanismo excepcional, que no son diferentes a denunciar la vulneración y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

La anterior posición se encuentra soportada en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el principio constitucional regulado en el inciso 3° del Art. 86 Superior y que en su numeral 1° consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «*de otros recursos o medios de defensa judiciales*», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6. En consecuencia, palmaria se ofrece la improcedencia de la acción de tutela en el caso particular ante el desconocimiento de su carácter subsidiario y residual, razón por la cual se procederá, como ya se anunció, a declarar improcedente la petición de amparo presentada por Gerardo Díaz Sánchez.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutela N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**Primero. DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo constitucional solicitado por Gerardo Díaz Sánchez.

**Segundo.** De no ser impugnado este fallo ante la Sala de Casación Civil de la Corporación, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo establece el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**  
Presidente de la Sala

24



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**  
Salvamento de voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 09F7542D148CAC1AF60EC728F73FBAEF41682363B0EB9E6BBE472359E350B85D

Documento generado en 2024-06-27