TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente:
SORAIDA GARCÍA FORERO

RADICADO N° : 54001-22-04-000-2022-00492-00
PROVIDENCIA N° : ST-TSC-P-2022-1570

Presentación del proyecto	11 de octubre de 2022
Aprobado según Acta No. 541	11 de octubre de 2022

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

En el término establecido en el inciso cuarto del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reiterado en el canon 29 del Decreto 2591 de 1991, procede el despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por el Doctor **ROQUE CARLOS MONTES ROJAS** como apoderado judicial del señor **GILBERTO ENRIQUE BARRIGA GRAU,** en contra del **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CÚCUTA (NORTE DE SANTANDER),** por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y presunción de inocencia; al hacerse efectiva la materialización de la orden y boleta de encarcelación, aun encontrándose en apelación la sentencia.

Resulta necesario indicar que, en anterior oportunidad, este Despacho dispuso remitir las diligencias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que, el accionante menciona que la decisión objeto de controversia se encuentra en esta Sala de decisión pendiente para desatar el recurso de apelación.

No obstante, en decisión del 23 de septiembre de 2022 Radicación No. 126574[1], la Alta Corporación dispuso la remisión de la causa a este Despacho nuevamente, toda vez que, a su juicio, el asunto constitucional debe tramitarse en esta Sala de Decisión. En consecuencia, se dispuso acatar lo resuelto por el superior y conocer de la causa.

2. HECHOS Y PRETENDIONES.

El togado del accionante señala como fundamento fáctico de la acción que, el pasado 23 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta

[1] MP. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

condenó a su prohijado a la pena de 4 años, 9 meses y 15 días de prisión por el punible de tráfico de estupefacientes, negando cualquier subrogado por no cumplirse con los requisitos requeridos para ello.

En criterio de la parte actora, la orden de encarcelación resulta contradictorio por cuanto el proceso se encuentra en apelación, es decir, la pena de prisión no se puede materializar hasta tanto no se encuentre ejecutoriada la sentencia.

Por lo anterior, solicita se ordene al Juzgado Cuarto accionado, proceda a ordenar el traslado de su prohijado desde la cárcel de Cúcuta en donde actualmente se encuentra recluido, a su lugar de detención domiciliaria, hasta tanto no se resuelva la apelación.

3. CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES Y/O AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS.

Al presente trámite se vinculó a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DEL NORTE DE SANTANDER, LUDY HELENA CONTRERAS PRADO (fiscal del caso), JOSÉ MAURICIO VARGAS SEGURA EN SU CONDICIÓN DE PROCURADOR DESIGNADO PARA LA CAUSA PENAL, la Doctora IVON MARCELA RIOS en calidad de abogada del procesado JAIME ALBERTO CARRILLO, al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE CÚCUTA, ordenando que por intermedio suyo, se notifique a los PPL JAIME ALBERTO CARRILLO y BRANDO ALEXIS DÍAZ JAIMES, y finalmente, al CENTRO DE SERVICIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE CÚCUTA.

Así mismo, se hizo un requerimiento al Despacho 02 de esta Sala de decisión para que compartiera el expediente digital con fines de consulta. Requerimiento que fue atendido en debida forma.

3.1. En primer orden, **el Centro Penitenciario y Carcelario de Cúcuta,** indicó que, el accionante se encuentra bajo custodia de ese centro de reclusión desde el 26 de agosto de 2021, así mismo, resalta que las pretensiones de la acción de tutela no son de su competencia.

Por lo tanto, solicita la desvinculación del asunto.

3.2. Por último, el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Cúcuta,** ejerció su derecho de defensa señalando que efectivamente el 22 de junio de 2022 profirió sentencia condenatoria en contra de Gilberto Enrique Barriga Grau, y Brandon Alexis Díaz Jaimes, condenado a cada uno, a la pena principal de CUATRO AÑOS (4), NUEVE (9) MESES Y quince (15) DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS punto CUATRO (4) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES PARA EL AÑO DOS MIL VEINTIUNO

(2021), la cual, deberán consignar a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 numeral 5º del decreto 2897 del 11 de agosto de 2011, en el término de 24 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, como responsables del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Resaltó que, el traslado del accionante desde su lugar de residencia al complejo carcelario de Cúcuta, tiene sustento en el inciso 2 del artículo 450 de la Ley 906 de 2.004.

3.3. Los demás vinculados guardaron silencio a pesar de estar debidamente notificados.

4.1 Competencia.

Con fundamento en lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 numeral 1 del Decreto 1382 de 2000 en adición a lo contemplado en el numeral 5 del artículo 1 del Decreto 333 de 2021 que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es competente esta Sala de Decisión para conocer de la presente acción de tutela.

4.2 Marco constitucional general de la acción de tutela.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional en diversos fallos, la acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, sin mayores formalidades, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares.

Para ello, el o la accionante no debe disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección, salvo la presencia de un perjuicio irremediable que determine su utilización en forma transitoria y preventiva para contrarrestar su configuración.

4.3 Problema jurídico.

En el presente asunto, corresponde a la Sala determinar los siguiente:

1. Dentro el presente asunto, ¿se acreditan los requisitos de procedencia de la acción de tutela? Solo en caso afirmativo, se procederá a establecer si ¿el Juzgado Cuarto Penal del Circuito vulnera el derecho fundamental al debido proceso del accionante, al emitir la orden de encarcelación?

4.4 Caso concreto

En el presente asunto, el accionante pretende que por vía de tutela se deje sin efectos la sentencia condenatoria proferida por el Juez 4 Penal del Circuito de Cúcuta, aun cuando sobre la misma actualmente se encuentra pendiente la resolución de un recurso de apelación, no obstante, la Sala observa que para el caso en particular no se encuentran satisfechos los requisitos de residualidad y subsidiariedad de la acción de tutela.

Tal y como ha sido consignado en el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 e igualmente se indicó, la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, dirigido a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, que están siendo amenazados o violados por las actuaciones u omisiones de las autoridades o por particulares en los casos previstos en la ley, cuya procedencia se condiciona cuando el sujeto afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, la subsidiariedad encuentra su fundamento en la necesidad de respetar en principio la asignación de competencias a las distintas autoridades jurisdiccionales, imponiendo al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales.

Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional, ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando el proceso aún se encuentra en trámite. Puntualmente señaló la Corte[2]:

> "(…) La Corte Constitucional ha señalado que el requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, se puede presentar en dos escenarios: (i) **cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en curso. En el segundo de los escenarios, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario.** Sobre el particular en la sentencia T-113 de 2013 se consignó:
>
> > "**En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso.** Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional**. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo, pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales."

[2] Ver Sentencia T 103 de 2014, MP. JORGE IVÁN PALACIO.

En tal sentido, la Corte ha sido enfática al considerar que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos, por lo que no es dable la intromisión de la jurisdicción constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo. Es así como esta Corporación ha precisado algunas razones que resaltan la importancia del estudio del requisito de subsidiariedad a fin de determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de las que se destaca el respeto por el debido proceso propio de cada actuación judicial. En concreto se indicó:

> "**Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: 'tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes'. Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle**."

Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:

> "La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional".

En suma, la acción de tutela solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Ello con el fin de evitar que este mecanismo excepcional, se convierta en principal.

Al respecto, vale destacar algunas decisiones en las que este tribunal Constitucional ha declarado la improcedencia del amparo debido a que el asunto aún se encontraba en trámite ante la jurisdicción respectiva. Ejemplo de ello son las siguientes:

En la sentencia **T-886 de 2001**, estando en curso el trámite de casación el actor interpuso la solicitud de tutela ya que se había adelantado una indebida valoración probatoria. Sobre la improcedencia se indicó:

> "En el presente caso se observa que está en trámite el recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia del Tribunal Nacional. Es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que la tutela únicamente procede contra actuaciones judiciales cuando el afectado ha agotado todos los medios de defensa judicial a su alcance."

Por su parte en la sentencia **T-212 de 2006,** le correspondió a la Corte estudiar un caso en el que los accionantes fueron condenados en segunda instancia por su participación en una organización destinada al tráfico de drogas ilícitas. Estando en trámite el proceso en sede de casación se interpuso la acción de tutela, por supuestos defectos fácticos y

sustantivos. La Corte observó que al haber sido admitido el recurso extraordinario de casación, se estaría desconociendo la naturaleza subsidiaria de la tutela. Se estableció:

> "La Sala reitera que, a pesar de la actual privación de la libertad personal, de estar en curso un recurso ordinario de protección que se estima idóneo para la protección de los derechos fundamentales, tal como lo es la casación penal, no procede la tutela. Lo anterior siguiendo los razonamientos de las sentencias T-466/02 y T-1107/03."

(…)

Entonces, la jurisprudencia de este tribunal constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que la acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento.". (negrillas de la Sala).

En el sub examine, claramente la acción de tutela se torna improcedente por encontrarse pendiente la resolución del recurso de apelación por parte del Despacho 02 de esta Sala de decisión, el cual, al revisar el escrito de apelación en el expediente digital facilitado por ese Despacho (**archivo "15 SustentacionRecursoGilbertoEnriqueBarrigaGrau"**), se puede observar que allí se plantea una discusión que atiende a la negativa de la prisión domiciliaria a favor del accionante.

Es decir, a través de esta acción se pretende desestimar la orden de encarcelación dada por el Despacho accionado en la sentencia condenatoria y así proceder a enviar al accionante al domicilio, pero al mismo tiempo, en el recurso de apelación se pretende revocar el numeral que negó la prisión domiciliaria, lo que termina por reforzar la improcedencia de esta solicitud de amparo.

En gracia de discusión, el Despacho accionado señaló en su respuesta que "(…) el traslado del señor **GILBERTO ENRIQUE BARRIGA GRAU** de su lugar de residencia al complejo carcelario de Cúcuta tiene sustento en el inciso 2 del artículo 450 de la Ley 906 de 2.004, el cual establece que *"si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento".* es decir, existe un fundamento normativo para sustentar la detención actual del accionante.

Finalmente, la Sala no abordará la segunda parte del cuestionamiento ante la respuesta negativa al primer planteamiento jurídico.

En razón y mérito de lo expuesto, la **SALA PENAL DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por el señor **GILBERTO ENRIQUE BARRIGA GRAU** mediante apoderado judicial, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **OFÍCIESE** al respecto.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de impugnación, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 31 del decreto reglamentario de tutela.

CUARTO: En el evento de que el fallo no sea impugnado, **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SORAIDA GARCÍA FORERO
Magistrada Ponente

EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS CONDE CERRANO
Magistrado

OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaria Sala Penal