

Sentencia T-016/19



Referencia: Expediente T- 6.696.098

Acción de tutela interpuesta por Henry William Torres Escalante contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el cual confirmó la sentencia de primera instancia emitida el veinticinco (25) de enero del mismo año por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal. El expediente fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, mediante Auto del veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018).¹

I. ANTECEDENTES

El 15 de enero de 2018, por intermedio de apoderado judicial, el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante presentó acción de tutela contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, por considerar que ésta con la providencia que dictó el 15 de diciembre de 2017, mediante la cual revocó la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue concedida al actor por el Juez Primero Penal del Circuito de Yopal en Auto del 3 de agosto de 2017, dentro del radicado No. 2016-00006 que corresponde a la

¹ La Sala de Selección de Tutelas No. 4 de 2018 fue integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas. En el numeral cuarto de esa providencia judicial, se indicó que la selección para revisión del expediente de la referencia fue motivada por los criterios objetivos de asunto novedoso y exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, además del criterio subjetivo denominado urgencia de proteger un derecho fundamental, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015 – Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

investigación oficiosa que se le adelanta por el presunto delito de homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y el adolescente Roque Julio Torres Torres, desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual, en tanto incurrió en los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución. Solicita dejar sin efectos el Auto del 15 de diciembre de 2017 proferido por el Tribunal accionado y que, en su lugar, se le conceda la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad o, de manera subsidiaria, se ordene lo pertinente *“para que la propia Corte o de ser el caso el Tribunal de Yopal ordene suspender la orden de captura librada en contra de mi procurado”*.² A continuación, se exponen los hechos en que se funda la acción de tutela y la solicitud planteada.

1. Hechos y solicitud

1.1. Hechos que motivaron el proceso penal identificado con el radicado No. 2016-00006

1.1.1. Según narra el accionante, el 10 de octubre de 2005, tropas del Batallón de Infantería Ramón Nonato Pérez reportaron la baja en combate de Hugo Edgar Araque Rodríguez. Cuenta que 4 días después la señora Blanca Marina Rodríguez, madre del fallecido Araque Rodríguez, presentó denuncia afirmando que su hijo no era subversivo y que el menor Roque Julio Torres Torres era testigo de la forma cómo había ocurrido la muerte.

1.1.2. Por haber sido mencionados como testigos respecto de la muerte de Hugo Edgar Araque Rodríguez, el 11 de agosto de 2006, Daniel Torres Arciniegas y Roque Julio Torres Torres declararon ante el Juzgado 45 Penal Militar en el sentido de que la muerte de Araque Rodríguez no tuvo lugar en un combate, sino que se trató de un homicidio. Algunos meses después, el 16 de noviembre de 2006, Daniel Torres Arciniegas denunció haber sido objeto de malos tratos por parte de tropas adscritas a la Brigada XVI del Ejército Nacional, la cual era Comandada desde el 10 de diciembre de 2005 por el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante, actual accionante.

1.1.3. Señala el actor que el 8 de marzo de 2007, el DAS dirigió a la Brigada XVI del Ejército Nacional, un registro de información *“de que en la finca de propiedad de Daniel y Roque Julio Torres estaban haciendo presencia miembros del ELN bajo las órdenes de Alias Pacho”*. Con base en lo anterior, *“el 15 de marzo de 2017 a las 12 m, el Subteniente Marco Fabián García Céspedes dio la orden al Cabo Chavarro de alistar el personal del Grupo Delta 6 para salir a cumplir órdenes emitidas por el Comandante de la Brigada 16”*. La primera actividad fue un retén en la carretera que conduce de Aguazul a Cupiagua, y al día siguiente se realizó una *“operación”* en la Vereda El Triunfo *“porque según información de la brigada, allí se encontraban miembros del ELN”*.

1.1.4. El 16 de marzo de 2007, los miembros del grupo Delta 6, junto al soldado

² Folio 22 del cuaderno 1.

profesional Socha, que los guío a la vereda El Triunfo, llegaron a una casa del lugar y, según narra el actor, *“luego de unos pocos minutos el Teniente García Céspedes sacó a un señor de la casa y el soldado Arteaga a un menor, los llevaron a 12 metros aproximadamente de la casa y luego de discutir los mataron con tiros de fusil. El Teniente García Céspedes colocó armas a los occisos y las hizo disparar. El Teniente García también ordenó disparar una ametralladora M y un lanzagranadas MGL hacía la parte alta de la escena para simular un combate”*. El Teniente García Céspedes informó a la Brigada XVI haber dado de baja dos personas en combate, ante lo cual la brigada manifestó que mandaría apoyo aéreo para sacar del área los dos cadáveres.

1.1.5. A las 7:30 am de ese mismo día, se registró la felicitación por parte del Comandante de la Brigada XVI a los miembros del Batallón de Contraguerrilla 65 *“por dar de baja a dos guerrilleros”*.

1.1.6. Dos días después, según indica el actor, es decir el 18 de marzo de 2007, el Teniente García Céspedes reunió a quienes participaron en la supuesta operación y *“les indicó qué debían decir ante el Juez Penal Militar”*.

1.2. Antecedentes procesales relevantes

1.2.1. Previa vinculación formal, la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 28 de marzo de 2016, resolvió la situación jurídica al indagado Mayor General (R) Henry William Torres Escalante, imponiéndole medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario como presunto autor responsable de los delitos de homicidio en persona protegida, siendo víctimas Daniel Torres Arciniegas y su menor hijo Roque Julio Torres Torres, librando la correspondiente orden de captura. Ese mismo día, el accionante compareció voluntariamente y se sometió a la detención, siendo efectivizada la orden de captura en centro de reclusión militar.

1.2.2. El 10 de agosto de 2016, surtida la etapa instructiva en aplicación de la Ley 600 de 2000, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del accionante por *“concurso homogéneo sucesivo de delitos de homicidio en persona protegida”* y denegó la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al mismo. La resolución calificatoria del sumario fue recurrida por el abogado defensor,alzada que fue resuelta por el Vicefiscal General de la Nación el 6 de septiembre de 2016, confirmando la decisión. Ejecutoriada la aludida determinación, se dispuso el envío del proceso para la correspondiente etapa de juzgamiento.

1.2.3. El 14 de septiembre de 2016, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Yopal asumió conocimiento y luego de llevar a cabo audiencia preparatoria y de resolver diversos recursos, fijó el día 1° de febrero de 2018 para llevar a cabo la audiencia pública de juzgamiento, la cual fue aplazada.

1.2.4. El 22 de junio de 2017, el abogado defensor del accionante dirigió al Fiscal del caso, escrito manifestando la intención del Mayor General (R) Henry

William Torres Escalante de someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz – en adelante, JEP-. Según explica en la tutela, “*en consecuencia, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1820 de 2016 y el artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017, solicitó trasladar tal manifestación y petición al juez que conocía del juzgamiento para que éste a su vez concediera la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento de que tratan las normas referidas*”, entre otras solicitudes. El fiscal procedió al traslado del escrito, el cual fue recibido por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Yopal el 14 de julio de 2017, y el 19 de julio de 2017 se allegó por la defensa del accionante el original del acta suscrita por el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante, manifestando su compromiso de sometimiento voluntario a la JEP.

1.2.5. El 3 de agosto de 2017, el Juez 1° Penal del Circuito de Yopal negó por improcedentes tanto la petición de suspensión del proceso hasta tanto entrara a operar la JEP, como la de revocatoria de la medida de aseguramiento, al considerar que ni la Ley 1820 de 2016, ni el Decreto 706 de 2017 modificaron las exigencias legales de las medidas de aseguramiento, por lo cual la revocatoria de las mismas solo resultan procedentes cuando, posterior a su imposición, sobreviene prueba que las desvirtúe o que permita inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos para su imposición. Para tal efecto, el juez penal citó el Auto 3947 de 2017 proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1.2.6. A pesar de lo anterior, en esa misma providencia judicial del 3 de agosto de 2017, el juez estimó que lo que sí procedía **era la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad** que le había sido impuesta al Mayor General (R) Henry William Torres Escalante, por las no privativas de la libertad consagradas en el artículo 307 literal b) de la Ley 906 de 2004, en aplicación de la ley más favorable, pese a que el proceso seguido en su contra se tramitaba por la Ley 600 de 2000. Ello en atención a lo dispuesto en el artículo 7³ del Decreto Ley 706 de 2017 “*Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones*” que consagra prerrogativas, beneficios y un trato judicial diferenciado a la justicia ordinaria.

En esencia, el juez adujo que la nueva normatividad de la JEP implicaba que en caso de que se llegará a imponer una pena, la misma no sería tan gravosa para el procesado como la medida de aseguramiento que hasta entonces había soportado, es decir, la privación de la libertad en lugar de reclusión.

³ Artículo 7°. **Revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.** En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, revocará la medida de aseguramiento impuesta, o la sustituirá por una no restrictiva de la libertad, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

Por consiguiente, estimó que al Mayor General (R) Henry William Torres Escalante le eran aplicables las prerrogativas y beneficios diferenciados en su calidad de militar y porque el delito por el que se le juzga fue cometido en el marco del conflicto armado, y de contera, resolvió sustituir la medida privativa de la libertad por las no privativas que corresponden a (i) la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; (ii) la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; (iii) la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; (iv) la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y, (v) la prestación de una caución real adecuada. No obstante, el juez penal advirtió que el Mayor General debía suscribir el acta de compromiso según lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 1820 de 2016. Así las cosas, el accionante quedó en libertad.

1.2.7. El Auto del 3 de agosto de 2017 fue objeto de apelación por la Fiscalía y de la parte civil.

1.3. *Providencia judicial que se cuestiona por vía de la tutela*

1.3.1. En Auto del 15 de diciembre de 2017, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal – Sala Única de Decisión, revocó el Auto de fecha 3 de agosto de 2017 y libró nuevamente orden de captura en contra del Mayor General (R) Henry William Torres Escalante para que continuara recluido de forma preventiva, en atención a la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue impuesta por la Fiscalía el 28 de marzo de 2016.

1.3.2. Para fundamentar lo anterior, el Tribunal explicó que (i) el juez a pesar de indicar en su providencia que no era aplicable el artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017, se valió de esa norma para estudiar y conceder la sustitución de la medida de aseguramiento, lo cual “*a todas luces resulta contradictorio*” porque rompe el principio de simetría que rige la JEP en tanto las FARC-EP tienen derecho a solicitar la libertad condicionada; (ii) el proceso penal se está adelantando por la Ley 600 de 2000 que no contempla medidas sustitutivas de la libertad, no obstante, el juez aplicó la Ley 906 de 2004 por ser más favorable, pero no analizó si se daban los requisitos para conceder las medidas no privativas de la libertad, en especial los artículos 308 y 315 del actual CPP; así, estimó que el juez al aplicar la norma más beneficiosa para el procesado, debió aplicarla en su integridad “*toda vez que la ley tercia esta proscrita, es decir, se debe aplicar la norma en su totalidad y no solo algunos apartes*” con miras a evaluar si se cumplían todas las exigencias de la Ley 906 de 2004.

1.3.3. Seguidamente, (iii) al revisar el contenido del artículo 315 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal indicó que los requisitos que se deben verificar para imponer una o varias de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad son: (a) que se trata de un delito cuya pena principal no sea privativa de la libertad, presupuesto que no encontró satisfecho por el procesado está siendo juzgado por el delito de homicidio en persona protegida que tiene una

sanción principal de privación de la libertad; (b) que se trata de delitos querellables, frente a lo cual explicó que el presente caso “*no se trata de un punible querellable y por ende desistible, por lo cual está exigencia tampoco se actualiza*”; (c) el mínimo de la pena señalado en la Ley sea inferior a 4 años, lo cual adujo tampoco se cumplía en el asunto porque la pena consagrada es de 40 a 50 años de prisión. Con base en ello dedujo que “*si bien era factible acudir a la Ley 906 de 2004 para sustituir la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad, ello debía efectuarse con la observancia plena de los demás presupuestos que la citada codificación consagra, lo cual no fue atendido por el a quo, quien se limitó a enlistar aquellas medidas y a otorgar la sustitución solicitada, omitiendo que la misma normatividad que estaba aplicando se lo impedía*”.

1.3.4. Además de lo anterior, el Tribunal esgrimió que (iv) lo procedente era analizar el beneficio de la libertad transitoria que contempla el artículo 52 de la Ley 1820 de 2016, petición que no fue elevada por la defensa y que no puede ser estudiada porque no se ha cumplido con el trámite administrativo previo a cargo del Secretario de la JEP, indispensable para acreditar la concesión de ese beneficio. Finalmente, el Tribunal precisó que (v) no había lugar a aplicar la suspensión de la orden de captura con base en el artículo 6° del Decreto Ley 706 de 2017, porque esa norma sólo opera respecto quienes están en libertad pero se encuentran prófugos de la justicia por estar siendo requeridos en una o varias actuaciones penales.

1.3.5. A partir de esos lineamientos, el Tribunal coligió la no viabilidad de la sustitución de la medida de aseguramiento intramural por una no privativa de la libertad, ante la improcedencia por no acreditarse los requisitos que la Ley 906 de 2004 estipula para tal fin y porque no se ha cumplido el procedimiento previo para el estudio de la libertad condicional para miembros de la Fuerza Pública.

1.4. *Fundamentos de la acción de tutela*

1.4.1. El accionante considera que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal – Sala Única de Decisión, con la expedición del Auto del 15 de diciembre de 2017 le vulneró los derechos fundamentales al debido proceso penal y a la libertad individual, por cuanto incurrió en varios defectos que habilitan el amparo constitucional.

1.4.2. En relación con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el accionante señaló que (i) el asunto goza de relevancia constitucional en tanto guarda relación con el principio de favorabilidad como integrante del debido proceso, el derecho a la libertad del procesado como regla general en el proceso penal y el trato equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2017 respecto de agentes del Estado; (ii) al haberse revocado en segunda instancia el Auto que sustituyó la medida de aseguramiento por varias no privativas de la libertad, carece “*de cualquier recurso ordinario idóneo para defender los derechos fundamentales*”; (iii) se cumple el requisito de

inmediatez porque la providencia que se cuestiona es del 15 de diciembre de 2017 y la tutela se presentó transcurrido un mes, siendo razonable el plazo de interposición del amparo constitucional; (iv) las irregularidades sustantivas y de violación a la Constitución que se indican inciden en la decisión judicial y, además, afectan derechos fundamentales; y, (v) se identifican debidamente los hechos, las violaciones a derechos fundamentales y el fallo que se cuestiona no es una sentencia de tutela.

1.4.3. Respecto a las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, el accionante identificó las siguientes: (i) defecto sustantivo; y, (ii) defecto por violación directa de la Constitución.

Concretamente, en cuanto al **defecto sustantivo** el accionante señala que el Tribunal en la providencia que se cuestiona “*supuso la existencia de una norma legal inexistente que proscribía la lex tertia*”, con lo cual era viable, según aquel, dar aplicación a la Ley 906 de 2004 por principio de favorabilidad, así como al Decreto 706 de 2017 cuyos beneficios solicitaba⁴. Además, esgrime que el Tribunal dejó de aplicar la Ley 1760 de 2015 que releva al juez de cualquier consideración sobre el quantum punitivo para decidir si procede la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Lo anterior, según plantea el actor, configura a la vez un **defecto por violación directa de la Constitución** en lo que guarda relación con el principio de favorabilidad como integrante del debido proceso penal, lo cual implica que desde los postulados de la presunción de inocencia, la interpretación pro *homine* y la excepcionalidad de las medidas de aseguramiento, eran procedentes los beneficios del artículo 7° del Decreto 706 de 2017 y del artículo 307 de la Ley 906 de 2004. De ahí que “*estimemos que el razonamiento del Juez del Circuito de Yopal, según el cual la pena (en caso de imponerse) a la que acudiría la JEP sería menos gravosa y drástica de lo que está siendo la medida de aseguramiento*” está llamado a prosperar.

Finalmente, precisa que si el juez de tutela estima que no proceden los beneficios del artículo 7° del Decreto 706 de 2017, se analice la posibilidad de suspender la ejecución de la orden de captura hasta que el accionante se somete a la JEP (art. 6 *ibídem*), “*que es su juez natural*”.

1.4.3. Con base en los anteriores argumentos, el accionante solicita sean tutelados los derechos fundamentales al debido proceso penal y a la libertad individual, y que en consecuencia, se deje sin efectos el Auto del 15 de diciembre de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Yopal – Sala Única de Decisión, dentro del radicado penal No. 2016-00006. En su lugar, se le conceda la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad o, de manera subsidiaria, se suspenda la orden de captura librada en contra del Mayor General (R) Henry William Torres Escalante.

⁴ Especialmente, el accionante se refiere al siguiente párrafo del Auto cuestionado: “*Sin embargo, debe precisarse que si bien es cierto, en atención al principio de favorabilidad se aplicará aquella normatividad que sea más beneficiosa para el procesado, ello debe hacerse en su integridad, toda vez que la ley tertia esta proscribida, es decir, se debe aplicar la norma en su totalidad y no solo algunos apartes*”.

2. Contestación de la tutela⁵

2.1. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal – Sala Única de Decisión

Mediante oficio No. 1442 del 19 de enero de 2018, remitido al correo electrónico del Tribunal de Yopal y al despacho de la Magistrada Ponente del Auto que se censura, fue notificada la admisión de la tutela a la autoridad judicial accionada. A pesar de ello, el Tribunal se abstuvo de emitir pronunciamiento.⁶

2.2. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal 88 Anticorrupción contestó la tutela solicitando negar las pretensiones por improcedentes, en tanto el actor tiene a su alcance otros recursos o medios de defensa judiciales “*en el entendido de que la solicitud de suspensión de la orden de captura dictada contra miembros de la fuerza pública, NO debe ser solicitada a través de la acción de tutela*”⁷ por cuanto el proceso penal ordinario se encuentra en curso.

Adicionalmente, planteó que el actor no tiene razón en su planteamiento de fondo porque respecto de los beneficios de libertad transitoria, suspensión de la ejecución de las órdenes de captura y revocatoria de la medida de aseguramiento o sustitución de la misma, los dos últimos solo aplican a miembros de la fuerza pública que se encuentren en libertad pero en condición de prófugos de la justicia, situación que no corresponde con la del accionante toda vez que éste se encontraba recluso por virtud de una medida de aseguramiento vigente que pesaba en su contra y luego adquirió la libertad porque en su momento el juez *a quo* le concedió la sustitución de la misma por una medida no privativa de la libertad, decisión que fue revocada por el Tribunal y que actualmente se cuestiona.

Por último, el Fiscal pone en evidencia que el día 23 de enero de 2018 nuevamente se hizo efectiva la orden de captura en contra del accionante, dando cumplimiento a la decisión impartida por el Tribunal accionado.

2.3. Demás intervinientes en el proceso penal

Aunque los demás intervinientes en el proceso penal fueron debidamente notificados de la admisión de la tutela, durante el término de traslado guardaron silencio frente a las pretensiones del amparo constitucional.

3. Decisiones que se revisan

⁵ Mediante auto del 17 de enero de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la tutela y ordenó dar traslado al Tribunal accionado, al igual que dispuso vincular al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal y a las partes e intervinientes en el radicado penal No. 2016-00006.

⁶ Folio 47 del cuaderno principal.

⁷ Folio 57 del cuaderno 1.

3.1. Decisión de primera instancia

En sentencia del 25 de enero de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo constitucional al considerar que la actuación procesal a la cual se refiere el accionante se encuentra en trámite, en la fase de juzgamiento, motivo suficiente para la improcedencia de la tutela por incumplir el requisito de subsidiariedad, puesto que dentro de dicho proceso penal cuenta con los medios idóneos para reclamar las garantías que estima conculcadas y agotar, por esa vía, los recursos pertinentes. Además, estimó que en la decisión definitiva es donde le será resuelta su aspiración con los distintos mecanismos sustitutivos de la pena, en caso de ser procedentes.

3.2. Impugnación de la decisión de primera instancia

El apoderado judicial del accionante impugnó la anterior decisión basándose en argumentos similares a los planteados en su escrito tutelar. Adicionó que no es cierto que el actor cuente con medios idóneos de defensa judicial para reclamar el amparo de las garantías lesionadas, en tanto la providencia que cuestiona es una de segunda instancia que resuelve la sustitución de una medida de aseguramiento. De ahí que, adujo, contra la misma no proceda recurso alguno y, por ello, señaló que la defensa carece de cualquier mecanismo que le permita solucionar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Explicó que el amparo constitucional cuestiona (i) el trato violatorio a la igualdad, al debido proceso y a la libertad del actor, al señalar el Auto que se cuestiona que la suspensión de la orden de captura solo beneficia a prófugos; (ii) someter a una persona a medida de aseguramiento y negar su sustitución al considerar, en detrimento del principio de favorabilidad, que la *lex tertia* es una institución proscrita; (iii) dejar de aplicar la ley 1760 de 2015 e inaplicar la normatividad especial relativa a agentes estatales en la Jurisdicción Especial para la Paz. Puntualizó que *“nada de esto se está debatiendo dentro del proceso penal y una vez resueltos estos asuntos en segunda instancia, no existe mecanismo judicial idóneo para reclamar la protección”*⁸.

3.3. Decisión de segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia del 6 de marzo de 2018, confirmó la denegatoria de amparo al estimar que en el presente caso la acción de tutela es improcedente porque el actor tiene a su alcance medios judiciales idóneos para el pleno ejercicio de su derecho al debido proceso, *“pues es claro que al encontrarse en curso la investigación penal que se cuestiona, concretamente en fase de juzgamiento, el accionante, cuenta con la posibilidad de impugnar la sentencia que se emita, en caso de resultar adversa a sus intereses, a través de los recursos de apelación y el extraordinario de casación”*. Así, advirtió que dentro de la actuación procesal es que se debe dirimir la controversia, dado que la jurisdicción constitucional no está facultada para ello al incumplir el requisito de subsidiariedad.

⁸ Folio 90 del cuaderno 1.

4. Pruebas que obran en el expediente de tutela

- Copia del Auto de fecha 3 de agosto de 2017, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal, dentro del radicado penal No. 2016-00006.
- Copia del Auto de fecha 15 de diciembre de 2017, expedido por el Tribunal acusado, en el cual revoca el Auto del 6 de agosto de 2017 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal y libra orden de captura en contra del Mayor General (R) Henry William Torres Escalante, *“para que continúe recluido de manera preventiva, en atención a la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue impuesta por la Fiscalía el 28 de marzo de 2016”*⁹.

5. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

5.1. En Auto del 31 de julio de 2018, los integrantes de la Sala de Séptima de Revisión pusieron en evidencia que el día 9 de julio de 2018, a través de la página oficial de la JEP, se emitió un comunicado por parte de la Presidenta de esa Corporación, en el cual se indicó que esa jurisdicción *“asumió el estudio de sometimiento del Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, y lo citó para que comparezca ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), reconozca el acta que formaliza la apertura del trámite para aplicar los beneficios de la Justicia Transicional e inicie su sometimiento”*¹⁰. También se informaron los objetivos de la citación en aquel comunicado, a saber:

- “1.- El compareciente reconocerá el acta de sometimiento que fue suscrita en su momento ante la Secretaría Ejecutiva de la Justicia Especial para la Paz. Este sometimiento no implica que se accede al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.*
- 2.- El compareciente o su defensor informarán a la Sala sobre los procesos que se han adelantado o adelantan en su contra.*
- 3.- El compareciente presentará a la Sala, de manera preliminar, las formas de contribución al esclarecimiento de la verdad a favor de las víctimas y la sociedad”.*

Así mismo, los Magistrados de la Sala Séptima de Revisión advirtieron que, de acuerdo con la resolución No. 668 de 2018 expedida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante fue citado a audiencia el 10 de julio de 2018, en compañía de su abogado defensor. Ese día, según fue informado por diversos medios de comunicación, se hizo presente ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP el referido Mayor General, quien manifestó reconocer y someterse a la JEP como juez natural, además de solicitar la concesión de beneficios a su favor.

⁹ Folio 42 del cuaderno 1.

¹⁰ Recuperado del sitio web <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Mayor-General-del-Ej%C3%A9rcito,-se-somete-a-la-JEP.aspx>

En vista de dicha información y con fundamento en el artículo 64 del Reglamento Interno de esta Corporación, los integrantes de la Sala Séptima de Revisión decretaron pruebas a través del Auto de 31 de julio de 2018, solicitando a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP que informara lo siguiente:

(i) *“El actual estado del trámite de sometimiento a esa jurisdicción del Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, explicando cada una de las etapas surtidas hasta el momento de remitir el informe.*

(ii) *Si esa jurisdicción ha emitido alguna decisión asumiendo competencia en cuanto a la situación jurídico-procesal del Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante. En caso de ser positiva la respuesta, remitir fotocopia de dichas decisiones.*

(iii) *Si la defensa del compareciente informó a la Sala sobre el proceso penal, en fase de juzgamiento, que se le adelanta en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal bajo el radicado No. 2016-00006, por el presunto delito de homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y el adolescente Roque Julio Torres Torres.*

(iv) *Si la defensa del Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, hasta la fecha del informe ha elevado petición solicitando la aplicación de los beneficios propios del SIVJNR. En caso de ser afirmativa la respuesta, indicar si esa solicitud fue objeto de decisión por parte de la JEP y remitir la documentación que lo sustente.*

*Además de ello, se solicita a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP que remita fotocopia de los siguientes documentos: (i) acta de sometimiento suscrita por el Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, ante el Secretario Ejecutivo de la JEP, con su correspondiente reconocimiento; (ii) resolución No. 668 de 2018 expedida por esa Sala; y, (iii) acta de la audiencia llevada a cabo el 10 de julio de 2018 y/o grabación de la misma, en la cual participó el Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, y su abogado defensor”.*¹¹

En aquella oportunidad se dispuso que una vez fuesen recibidas tales pruebas, se dejaran a disposición de las partes o terceros con interés por el término de tres días para que se pronunciaran sobre las mismas, si lo estimaban pertinente. Así mismo, se dispuso suspender los términos para resolver el presente asunto por tres meses, los cuales una vez cumplidos levantan la suspensión procesal y habilitan el término ordinario faltante para proveer de fondo por parte de la Sala.

5.2. Una vez fue comunicado por la Secretaría General de esta Corporación el Auto de decreto de pruebas de fecha 31 de julio de 2018, el 10 de agosto del año en curso se recibió respuesta por parte de la Magistrada Claudia Rocío

¹¹ Folios 14 a 18 del cuaderno 3.

Sadaña Montoya, integrante de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, quien informó -entre otros- lo siguiente¹²:

(i) El 28 de junio de 2018 la petición de sometimiento a la JEP elevada por el Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, fue repartida a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, quien asumió su estudio mediante resolución de trámite No. 668 del 29 de junio del año que avanza.

(ii) Mediante resolución No. 674 del 3 de julio de 2018, *“en aras de obtener elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda, esta colegiatura ofició (...) al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal (...) [para que] se informen los procesos que se adelantan en contra del compareciente y su estado actual, así como a la Dirección del Establecimiento de Reclusión Especial – Escuela de Infantería, para la certificación del tiempo de privación efectiva de la libertad del mismo”*.

(iii) El 10 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de manifestación voluntaria de sometimiento a la JEP del Mayor General del Ejército, Henry William Torres Escalante, de suscripción de acta No. 303230, explicación de las obligaciones contraídas, consecuencias en caso de incumplimiento y comunicación de apertura de trámite. En dicha audiencia el abogado defensor indicó los procesos de carácter penal que conoce se tramitan contra el accionante, reportándose entre ellos el radicado No. 2016-00006 que se adelanta por los delitos de homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y su menor hijo Roque Julio Torres Torres.

(iv) A través de resoluciones No. 887 y 888 del 23 de julio de 2018, se ofició a varias Fiscalías Especializadas para que informaran si están adelantando procesos contra el Mayor General Henry Torres Escalante.

A partir de lo anterior, la Magistrada de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP informó que *“el estado actual de la actuación se circunscribe a la recepción de la información requerida a las diferentes entidades del orden judicial, administrativo y militar. (...) Una vez se allegue la información solicitada y se cuente con los elementos de juicio que permitan adoptar la decisión que en derecho corresponda, la Sala se pronunciará de fondo frente a la competencia de la JEP con relación a la situación jurídico-procesal del señor Mayor General de la Reserva Activa Henry William Torres Escalante”*.

Adicionalmente, señaló que el 1º de agosto de 2018 fue radicada en la Secretaría Judicial de la Sala, solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que actualmente se surte contra el accionante, la cual fue registrada el 10 de julio de 2018 en la oficina de correspondencia de la JEP por parte de su abogado defensor.

¹² Folios 27 a 33 del cuaderno de la Corte Constitucional.

Por último, remitió las siguientes pruebas documentales que obran en el expediente de la referencia:

- Acta de sometimiento voluntario a la Jurisdicción Especial para la Paz No. 303230 del 10 de julio de 2018, suscrita por el Mayor General Henry William Torres Escalante ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.
- Acta de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz No. 302377 del 21 de julio de 2017, suscrita por el Mayor General Henry William Torres Escalante ante la Secretaría Ejecutiva de la JEP, la cual se informó que “*carece de firma del entonces secretario*”.
- Resolución No. 668 del 29 de junio de 2018 proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

5.3. Las anteriores pruebas fueron puestas a disposición de las partes e interesados, recibándose dentro del término de traslado pronunciamiento por parte del Fiscal 88 de la Dirección Especializada contra la Corrupción de la Fiscalía General de la Nación y del abogado que apodera a las víctimas dentro de la causa penal No. 2016-0006, según obra en el informe secretarial del 22 de agosto de 2018¹³.

5.3.1. El Fiscal 88 de la Dirección Especializada contra la Corrupción de la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito fechado el 21 de agosto de 2018, insistió que la acción de tutela promovida por el Mayor General Henry William Torres Escalante es improcedente, ya que existen otros recursos judiciales para lograr su pretensión. Puntualmente señaló que en forma adicional a la libertad transitoria, los beneficios de suspensión de la ejecución de las órdenes de captura y la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento fueron concebidos para los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en libertad, pero en condición de prófugos de la justicia, que no es el caso del actor porque se encontraba cumpliendo una medida restrictiva de la libertad y la orden de captura tiene como finalidad mantener la ejecución de la misma, sumado a que no ha estado ni se encuentra en la clandestinidad.

5.3.2. Por su parte, el apoderado judicial de las víctimas dentro de la causa penal No. 2016-0006 solicita a la Corte declarar improcedente la presente tutela, por cuanto el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal remitió el proceso penal a la JEP alegando carecer de competencia, y en la jurisdicción especial se están adelantando los trámites pertinentes toda vez que hasta la fecha existe solo un pronunciamiento que corresponde a la Resolución que avocó conocimiento, encontrándose pendiente la decisión de fondo frente a la competencia de la JEP con relación a la situación jurídico-procesal del actor, así como el pronunciamiento frente a la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que elevó el Mayor General Henry William Torres Escalante.

De esa forma, advirtió que actualmente es la JEP la encargada de “*determinar la procedencia o no del reconocimiento de la totalidad de beneficios que reconoce el Sistema de Verdad, Justicia y Reparación Integral*”. Por

¹³ Folio 66 del cuaderno 3.

consiguiente, adujo que en tanto el actor dispone de otros medios de defensa judicial y no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable causado con la providencia judicial que cuestiona, pide a la Corte negar el amparo por improcedente.

5.4. Posteriormente, en Auto del 10 de septiembre de 2018, la Magistrada Sustanciadora dispuso oficiar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, concretamente a la Magistrada Claudia Rocío Saldaña Montoya, para que ampliara la información explicando qué trámite se le ha dado a la solicitud de revocatoria directa de la medida de aseguramiento que radicó el abogado defensor del Mayor General del Ejército Henry William Torres Escalante ante la Secretaría Judicial de esa Sala, e indicara si a la fecha de su nueva respuesta se había emitido decisión frente a esa petición.

Así mismo, se le pidió informar si se había emitido pronunciamiento de fondo frente a la competencia de la JEP con relación a la situación particular del señor Mayor General del Ejército Henry William Torres Escalante.

5.5. Mediante escrito del 19 de septiembre de 2018, la referida Magistrada informó lo siguiente:

(i) La solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que radicó el abogado defensor del Mayor General del Ejército Henry William Torres Escalante *“se encuentra al despacho bajo estudio desde el 1° de agosto de 2018, junto con el expediente remitido por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Yopal – Casanare, el cual consta en 56 cuadernos y 147 audios. // El proceso en mención fue entregado para su revisión el 3 de septiembre de los corrientes, por la Secretaría Judicial de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”*¹⁴.

(ii) Respecto al pronunciamiento de fondo sobre la competencia de la JEP en el caso penal del accionante, señaló que *“a la fecha la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no se ha pronunciado al respecto atendiendo las razones expuestas en el numeral anterior y en desarrollo de lo establecido en el inciso 5° del artículo 48 de la Ley 1922 de 2018”*.

5.6. Una vez fue puesta en conocimiento de las partes la anterior prueba, el asunto ingresó al despacho el 3 de octubre de 2018. De forma posterior, el apoderado del accionante elevó solicitud para autorizar la revisión del proceso por un estudiante de derecho, con el fin de obtener copias del expediente. Lo anterior fue atendido en Auto del 18 de octubre de 2018 y después el asunto ingreso al despacho para proferir la respectiva sentencia en sede de revisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos

¹⁴ Folio 78 del cuaderno 3.

dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 inciso 3° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver:

En primer lugar, la Sala deberá determinar si la acción de tutela es el mecanismo procedente para cuestionar una decisión judicial ordinaria penal, aun cuando el actor voluntariamente se sometió a la Jurisdicción Especial para la Paz.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa habilitando la procedencia general de la acción tutela contra providencia judicial, en segundo lugar la Sala deberá establecer materialmente si el Tribunal accionado desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual del accionante, por haber revocado la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue concedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal en Auto del 3 de agosto de 2017.

Para tal fin, deberá examinar concretamente si el Tribunal accionado en su providencia judicial del 15 de diciembre de 2017 incurrió en (i) *defecto sustantivo*, porque supuso la existencia de una norma procesal legal inexistente que proscribía la *lex tertia*, con lo cual dejó de aplicar el principio de favorabilidad penal respecto de los beneficios penales que invoca el actor; y, (ii) *defecto por violación directa de la Constitución*, en tanto violó el debido proceso al estimar que no era procedente conceder los beneficios establecidos en el artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017 y en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Especial énfasis en los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución; (ii) el requisito de subsidiariedad, centrando el análisis en la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el proceso se encuentra aún en trámite y no se han agotado todos los medios de defensa judicial por parte del accionante; y con base en los anteriores lineamientos, se abordará (iii) el estudio del caso concreto.

3. Requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Especial énfasis en los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Esta Corporación, actuando como guardiana de la integridad y supremacía del texto constitucional, ha determinado unas reglas claras sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta línea se basa en la búsqueda de una ponderación adecuada entre dos elementos

fundamentales del orden constitucional: la primacía de los derechos fundamentales y el respeto por los principios de autonomía e independencia judicial¹⁵.

Precisamente, en desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad desde el punto de vista constitucional, a saber: (i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución. Si se acredita con suficiencia que la decisión judicial cuestionada incumple estos presupuestos de legitimidad, surge la necesidad de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto, mediante la intervención excepcional del juez tutelar.

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado¹⁶, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con la Carta Política. Empero, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial; en esos casos especiales es que se habilita el amparo constitucional.

¹⁵ Al respecto ver sentencias T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger), T-474 de 2017 (MP Iván Humberto Escruce Mayolo), T-018 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), citada en la sentencia T-757 de 2009. Así mismo, en las sentencias T-310 de 2009 y T-555 de 2009 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte señaló que “(...) la procedencia de la acción de tutela contra sentencias es un asunto que comporta un ejercicio de ponderación entre la eficacia e la mencionada acción [de tutela] –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica”.

¹⁶ Al respecto, la sentencia T-310 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) indicó: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”. Sobre el punto también se puede consultar la sentencia T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

3.2. En desarrollo de esas premisas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005¹⁷, estableció de forma unánime un conjunto sistematizado de requisitos estrictos, de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos fundamentales afectados por una providencia judicial.

Ellos se dividen en dos grupos: (i) los requisitos generales, que están relacionados con condiciones fácticas y de procedimiento, las cuales buscan hacer compatible dicha procedencia con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional; y, (ii) los requisitos específicos, que se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.

3.3. Así, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes, siguiendo lo definido por esta Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005:

3.3.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

3.3.2. 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.

3.3.3. 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.

3.3.4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar 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.

3.3.5. Que la accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos conculcados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos en la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

¹⁷ En esta sentencia se declaró la inexequibilidad de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, relacionado con la sentencia de casación penal.

3.3.6. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida. Además de ello, la Corte ha señalado la imposibilidad de atacar mediante acción de tutela los fallos dictados por las Salas de Revisión y la Sala Plena de esta Corte en sede de tutela, así como las sentencias proferidas en control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado.

3.4. Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes¹⁸:

3.4.1. *Defecto orgánico*, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

3.4.2. *Defecto procedimental absoluto*, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

3.4.3. *Defecto fáctico*, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

3.4.4. *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.

3.4.5. *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.

3.4.6. *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. Así, este defecto se configura ante la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido.

3.4.7. *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. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

¹⁸ Para tal fin, se sigue de cerca la sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

3.4.8. *Violación directa de la Constitución*, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.5. Ahora bien, en alusión específica a los defectos *sustantivo y de violación directa de la Constitución* que ocupan la atención de la presente decisión, la jurisprudencia constitucional los ha caracterizado de la siguiente manera, a saber:

3.5.1. ***Defecto sustantivo o material*** se presenta cuando “*la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*”¹⁹. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017²⁰, la cual se transcribe en lo pertinente:

“Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente²¹, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia²², (c) es inexistente²³, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución²⁴, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador²⁵; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable²⁶ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”²⁷ o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga

¹⁹ Sentencia T-792 de 2010 (Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁰ (MP Alberto Rojas Ríos). Sobre el punto también se puede consultar la sentencias SU-817 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-632 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-189 de 2005.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2004.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2006.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

*omnes*²⁸, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva²⁹ o contraria a la Constitución³⁰; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”³¹; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso³² o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto³³”.

Y es que, la independencia y la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar una norma jurídica en la solución del caso sometido a su estudio, no es absoluta, pues la actividad judicial debe desarrollarse dentro del parámetro de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución que pueden afectarse con la indebida interpretación de una norma, con su inaplicación y con la aplicación de un precepto inexistente. Es decir, que dicha actividad debe ceñirse al carácter normativo de la Constitución (artículo 4° de la CP), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2° Superior), de la primacía de los derechos humanos (artículo 5° de la Constitución), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 Superior)³⁴.

Ahora bien, por ser relevante para el caso que nos ocupa, el defecto sustantivo por aplicación de una norma inexistente se configura cuando el operador judicial da solución a un asunto basado en una aparente disposición que carece de todo soporte constitucional y legal³⁵.

A su vez, el defecto sustantivo por dejar de aplicar una norma legal relevante para la solución del asunto, se estructura cuando la autoridad judicial omite pronunciarse en relación con normas que resultan aplicables al caso que debe decidir, máxime cuando las mismas tienen un alcance favorable.

Un primer paso en esta dirección se encuentra en la sentencia T-573 de 1997³⁶, en la cual la Corte decidió la tutela interpuesta contra una sentencia en la que un juez penal se abstuvo de aplicar la rebaja de penas consagrada en el artículo

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-018 de 2008.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2007.

³¹ Corte Constitucional, T-231 de 1994. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discorra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2004.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

³⁴ Sentencia SU-050 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

³⁵ Sentencia T-800 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería).

³⁶ Sentencia T-573 de 1997 (MP Jorge Arango Mejía).

374 del Código Penal de la época, sin justificar los motivos de la inaplicación, pese a que el actor cumplía con los requisitos para su otorgamiento. En esta ocasión señaló que: *“(e)n este caso, la vía de hecho la constituyó la omisión en que incurrió el juez acusado al no hacer consideración alguna sobre la procedencia o improcedencia del artículo 374 el Código Penal. Más aún, cuando no se requería solicitud expresa de la parte procesada para su reconocimiento”*.

Este pronunciamiento inicial se consolidó luego en una serie de sentencias, en las que se decanta la doctrina del defecto sustantivo por inaplicación de una norma claramente aplicable o una más favorable. Por ejemplo, en la sentencia T-966 de 2006³⁷, al examinar un conjunto de decisiones judiciales en las que se negó a varias personas condenadas por sentencia anticipada la aplicación de una norma posterior que consagraba una rebaja de penas mayor por aceptación de cargos a la establecida en las normas vigentes al tiempo de ser condenados, la Corte consideró que tales providencias judiciales incurrieran en un defecto sustantivo por inaplicación de la norma penal más favorable.

Más adelante, en la sentencia T-686 de 2007³⁸, esta Corporación se ocupó del estudio de un caso en el cual el juez accionado declaró extemporánea la presentación de las excepciones por parte del demandado en un proceso judicial, por cuanto el conteo de los términos lo realizó con base en la información errada que fue reportada en el sistema de control de procesos del despacho y no a partir de la notificación personal al demandado que obraba en el expediente. En esa oportunidad, la Corte concluyó que el Auto censurado adolecía de un defecto sustantivo porque no aplicó ni justificó la inaplicación de normas relevantes para decidir el caso, en concreto, omitió tener en cuenta las normas establecidas en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, en la Ley 527 de 1999 e interpretadas en la sentencia C-831 de 2001, que precisan las condiciones bajo las cuales los mensajes de datos utilizados para dar a conocer las actuaciones judiciales pueden ser tenidos como un equivalente funcional de los escritos. En tal sentido, encontró procedente la solicitud de amparo constitucional ante la existencia de un defecto sustantivo.

Posteriormente, en la sentencia T-393 de 2008³⁹, la Corte examinó el caso de una persona que se acogió a sentencia penal anticipada y fue condenada a 64 meses de prisión. Ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, el condenado solicitó la rebaja del 50% de la pena conforme al artículo 351 de la Ley 906 de 2004, petición que fue acogida en primera instancia por el *a quo* otorgándole el beneficio de la libertad condicional, pero que fue revocada por el Tribunal en cuanto a la dosificación de la pena y el beneficio de la libertad condicional. En ese momento, el actor planteó en tutela un defecto sustantivo por inaplicar el principio de favorabilidad penal, en tanto existen similitudes entre las figuras de la sentencia anticipada y la aceptación unilateral de cargos. Esta Corporación, luego de resaltar la importancia del principio de favorabilidad penal, señaló que la aplicación del beneficio contenido en el artículo 351 de la

³⁷ Sentencia T-966 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

³⁸ Sentencia T-686 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

³⁹ T-393 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

Ley 906 de 2004 no es incompatible con la rebaja de pena aplicada en razón de la sentencia anticipada prevista en la Ley 600 de 2000. De allí, dedujo la configuración de un defecto sustantivo porque el operador judicial acusado no aplicó la norma legal que permitía acceder a la redosificación punitiva y, en consecuencia, al beneficio de la libertad condicional.

De forma más reciente, en la sentencia T-019 de 2017⁴⁰, la Corte se ocupó del estudio de una acción de tutela que presentó una persona que fue condenada a 30 años de prisión por el delito de secuestro extorsivo agravado y otros. En la fase de vigilancia de la sanción, le fue acumulada otra pena principal por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, con lo cual se reportó una sanción penal de 32 años. El actor solicitó la libertad condicional, la cual le fue negada mediante providencia judicial proferida por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a cargo, bajo el argumento de que ese beneficio se encontraba prohibido concederlo para el delito de secuestro extorsivo agravado a la luz del artículo 11 de la Ley 733 de 2002, decisión que fue confirmada por el Tribunal. Debido a lo anterior, el accionante presentó tutela alegando la configuración de un defecto sustantivo porque, acorde con lo previsto en el artículo 5° de la Ley 890 de 2004, que derogó el artículo 1° de la Ley 733 de 2002, y la Ley 906 de 2004, estimó que si tenía derecho a ser favorecido con el subrogado penal y que debía aplicarse el principio de favorabilidad penal. En esa oportunidad, esta Corporación encontró estructurado un defecto sustantivo porque los jueces *“desconocieron las normas consagradas en la Constitución Política, en el Código Penal y de Procedimiento Penal que consagran que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, lo cual rige también para los condenados. El estudio de dicho principio debe consultar las circunstancias y particularidades de cada caso concreto”*. Así, precisó que debía aplicarse la Ley 890 de 2004, a efectos de estudiar la petición de libertad condicional, en virtud del principio de favorabilidad y realizando una previa valoración de la gravedad de la conducta, *“análisis que habrá de recaer sobre el contenido de la sentencia condenatoria, y que puede llevar a que el juez conceda o niegue el subrogado”*. También señaló que se debía tener en cuenta el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la ley 1709 de 2014.

Del anterior recuento jurisprudencial se desprende que, pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no le es dable en esa labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, ni tampoco realizar su actividad a partir de postulados legales inexistentes, pues de darse una u otra cosa, se constituye un defecto sustantivo que habilita la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.5.2. El defecto por incurrir en ***violación directa de la Constitución***, parte del enunciado dispuesto en el artículo 4° superior que expresamente señala: *“La*

⁴⁰ Sentencia T-019 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Constitución es Norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Así las cosas, la Carta Política es la de mayor rango en el ordenamiento jurídico y, de acuerdo con ella, se establece la eficacia de las demás disposiciones que componen la estructura legal del país. En ese orden, el sistema jurídico actual reconoce valor normativo a las disposiciones fundamentales contenidas en la Constitución, de manera que su aplicación se traduce en una obligación directa que le asiste a todas las autoridades judiciales de velar y materializar el principio de supremacía constitucional, de tal forma que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se apliquen las disposiciones constitucionales.

Recientemente, esta Corporación en la sentencia SU-024 de 2018⁴¹ recordó que en principio esta causal se concibió como un defecto sustantivo, pero que a partir de la sentencia T-949 de 2013⁴² se determinó como un defecto específico autónomo e independiente de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, interpretación que en efecto se consolidó en la sentencia C-590 de 2005 estableciendo que *"(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i) cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii) al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución"*⁴³. Es más, la sentencia SU-336 de 2017 precisó que la violación directa a la Constitución *"encuentra cimiento en el actual modelo de ordenamiento constitucional que reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Es por esa razón que resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida o irrazonablemente tales postulados"*⁴⁴.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este defecto o causal se estructura en las siguientes hipótesis. En primer lugar, porque no se aplica una norma *ius fundamental* al caso en estudio, por ejemplo, cuando *"(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución"*⁴⁵. Y en segundo lugar, porque se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución, concretamente, *"el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4° de la C.P. la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad"*⁴⁶.

⁴¹ Sentencia SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

⁴² Sentencia T-949 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

⁴³ Sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁴⁴ Sentencia SU-336 de 2017 (MP Iván Humberto Escrucería Mayolo).

⁴⁵ Sentencia T-809 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), reiterada en las sentencias SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger) y SU-069 de 2018 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

⁴⁶ Sentencia SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

Significa lo anterior que, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aun cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular.

En este orden de ideas, el defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominado violación directa de la Constitución, se genera a partir del desconocimiento de los jueces de su obligación de aplicar el texto superior, conforme con el mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados, en procura de materializar la supremacía constitucional y de garantizar la eficacia directa de las disposiciones superiores.

3.6. A partir de lo expuesto anteriormente, se reitera que la acción de tutela contra providencias judiciales debe cumplir con los requisitos generales de procedencia excepcional y sumado a ello se debe invocar aunque sea una de las causales específicas que se identifican como defectos de la decisión judicial. A continuación la Sala profundizará en el requisito de subsidiariedad.

4. El requisito de subsidiariedad. Improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el proceso se encuentra aún en trámite y no se han agotado todos los medios de defensa judicial

4.1. Según lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela constituye un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial al cual puede acudir cualquier persona para asegurar la protección inmediata de sus derechos 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 que defina la ley.

4.2. Atendiendo al diseño constitucional previsto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, lo que significa que su procedencia se encuentra condicionada a que “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”⁴⁷. En ese sentido, en principio, le corresponde al interesado agotar todos los medios judiciales ordinarios y extraordinarios que tenga al alcance para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, como requisito previo para acudir al mecanismo de amparo constitucional.

No obstante, el mismo mandato constitucional, en concordancia con lo previsto en el artículo sexto, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991, establece excepciones a dicha regla, en el sentido de considerar que la acción de tutela será procedente aunque el afectado cuente con otro medio de defensa (*i*) cuando la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o, (*ii*) cuando, en correspondencia con la situación fáctica bajo análisis, se pueda establecer que los recursos judiciales no son *idóneos* ni *eficaces* para superar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados.⁴⁸

⁴⁷ Artículo 86 de la Constitución Política.

⁴⁸ Sentencias T-180 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-237 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

4.3. En ese contexto, tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional verificar de forma exhaustiva que la parte accionante agotó “(...) *todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a su alcance (...)*”⁴⁹, de manera que, solo es posible erigir la tutela como mecanismo principal, cuando el actor acredite la consumación de un perjuicio irremediable o se verifique la falta de idoneidad o eficacia de los recursos ordinarios de defensa, circunstancias que adquieren cierto grado de flexibilidad frente a sujetos de especial protección constitucional.

De hecho, el carácter subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido señalado por la Corte desde sus primeros pronunciamientos. Así, en la sentencia C-543 de 1992 se sostuvo que “*tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (...)* Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...) tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso (...)”⁵⁰.

Esa decisión fue reiterada en la sentencia SU-622 de 2001 y posteriormente en la sentencia C-590 de 2005, en la cual esta Corporación precisó que, en virtud del requisito de subsidiariedad, es “*deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos*”, pues, “[d]e no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.

Al respecto, la misma jurisprudencia constitucional insistió que “(...) *cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia (...)*”⁵¹. Y es que el carácter

⁴⁹ Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁵⁰ Sentencia C-543 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

⁵¹ Sentencias SU-263 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-038 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

subsidiario y residual de la tutela surge del deber de “*colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia*” (art. 95-7 superior), y hace parte de la obligación de preservar la institucionalidad como medio para asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

4.4. Ahora bien, para efectos del asunto que ocupa la atención de la Sala, es preciso recordar que en el escenario de la tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha sido claro en señalar que las reglas generales de procedencia de la acción de amparo deben seguirse con especial rigor⁵². Lo anterior, so pena de desconocer no solo el principio la autonomía judicial, sino también, los principios de legalidad y del juez natural como elementos fundamentales de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

A partir de ello, esta Corporación ha identificado tres causales que conllevan a la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: que (i) el asunto esté en trámite; (ii) no se hayan agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y, (iii) el amparo constitucional se utilice para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.⁵³ En esta oportunidad se hará especial referencia a los puntos (i) y (ii).

Particularmente, en cuanto a la primera causal en comentario, la intervención del juez constitucional está vedada porque la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser analizados al interior del trámite procesal respectivo. De hecho, las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso judicial son por excelencia los espacios en que se debe solicitar la protección a los derechos fundamentales, máxime cuando aún no existe una decisión definitiva por parte de la autoridad judicial que conoce la causa. En ese sentido, la sentencia SU-695 de 2015⁵⁴ destacó que “*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 ordenamientos*”. Por consiguiente, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en caso excepcionales a través de la acción de tutela.

En tratándose de la segunda causal de improcedencia indicada, se debe señalar que el agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible que el juez de tutela debe verificar como satisfecho para habilitar el amparo tutelar, salvo que por razones excepcionales compruebe que los otros medios de defensa no son eficaces para la protección de los derechos invocados. Justamente, los ciudadanos están obligados a acudir preferentemente a tales mecanismos y a esperar de la

⁵² Sentencia SU-686 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵³ Sentencias T-394 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos), T-001 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-600 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

⁵⁴ Sentencia SU-659 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos).

administración de justicia su decisión con el fin de hacer uso de los recursos procesales que la ley dispone. Lo anterior pretende asegurar que la acción de tutela no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador.

En este orden de ideas, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir esos mecanismos, se debe acudir a ellos preferentemente, razón por la cual quien invoca la protección de sus derechos a través del amparo tutelar debe agotar los medios de defensa que establece la legislación para tal efecto.

4.6. En este punto, importa señalar que si bien por regla general la tutela es improcedente para cuestionar decisiones judiciales cuando el trámite procesal se encuentra en curso o cuando no se han agotado todos los medios de defensa judicial definidos por el legislador, lo cierto es que en aquellos casos en los cuales el actor logre demostrar que el amparo lo intenta para evitar la consumación de un perjuicio irremediable o que tales medios de defensa no son idóneos ni eficaces para superar la amenaza a los derechos fundamentales, es posible habilitar excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela, realizando el juez constitucional una evaluación fáctica del asunto puesto a su consideración.

De hecho, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio y con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, precisando en todo caso que el accionante tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que *“(i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo⁵⁵; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico⁵⁶ y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad⁵⁷, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente. Sólo excepcionalmente, empero, esta Corte ha considerado que, el juez de tutela puede no exigir la demostración del perjuicio irremediable cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción”⁵⁸. De allí que, el actor deba explicar los elementos que llevarían a configurar un perjuicio irremediable y el juez de tutela debe hacer un ejercicio de análisis que consulte las particularidades del caso o los supuestos fácticos del mismo, así como las circunstancias personales de quien depreca la protección de sus derechos fundamentales.*

⁵⁵ Sentencia T-525 de 2007.

⁵⁶ Sentencia T- 640 de 1996.

⁵⁷ Sentencia T-535 de 2003.

⁵⁸ Sentencias T-737 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-076 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-600 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

Lo propio acontece cuando el accionante esgrime que los mecanismos procesales con los que cuenta carecen de la idoneidad y eficacia para garantizar o restablecer de forma expedita los derechos presuntamente afectados. En tal situación, debe explicar por qué el medio judicial ordinario o extraordinario de defensa no tiene la aptitud ni el vigor necesario para prodigar la protección de sus derechos y que, por esa razón, es indispensable la intervención excepcional del juez constitucional.

4.7. En suma, de la aplicación del requisito de subsidiariedad surgen las siguientes conclusiones: (i) la acción de tutela no es un mecanismo judicial diseñado para reemplazar los medios ordinarios de defensa, ni para desplazar las competencias propias de la autoridad que administra justicia a través de un trámite procesal en curso, así como tampoco sirve para reabrir procesos concluidos, ni revivir términos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada de la parte interesada. Ello, sin perjuicio de que, en cada caso, (ii) se verifique si acudir a los medios ordinarios o recursos comporta una carga desproporcionada para el actor, ya sea, por su falta de eficacia e idoneidad a la luz de las circunstancias particulares, o cuando se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable y este haya sido alegado por la parte interesada.

Sobre esas bases, le corresponde al juez constitucional verificar con particular atención el cumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela que se interponga contra una decisión judicial.

5. Análisis del caso concreto

5.1. Por conducto de apoderado judicial, el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante presentó acción de tutela contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual, los cuales estima fueron vulnerados con la providencia judicial del 15 de diciembre de 2017, que revocó la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue concedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal en Auto del 3 de agosto de 2017, dentro del radicado No. 2016-00006 que corresponde al proceso penal que se le adelanta por el presunto delito de homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y el adolescente Roque Julio Torres Torres. Dicha sustitución se hizo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por las no restrictivas de la libertad⁵⁹, en aplicación del artículo 307 literal b) de la Ley 906 de 2004 y del artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017.

⁵⁹ Correspondientes a (i) la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; (ii) la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; (iii) la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; (iv) la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y, (v) la prestación de una caución real adecuada. Para el disfrute de estas medidas no privativas de la libertad, el juez penal *a quo* advirtió que el Mayor General debía suscribir el acta de compromiso según lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 52 de la Ley 1820 de 2016.

Al ser revocada tal sustitución por el Tribunal accionado, se libró nuevamente orden de captura contra el accionante para que continuara recluido en forma preventiva, en atención a la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue impuesta por la Fiscalía el 28 de marzo de 2016.

De forma concreta, el accionante centra su inconformidad en que la decisión judicial que cuestiona incurrió en (i) *defecto sustantivo*, porque el Tribunal accionado supuso la existencia de una norma procesal legal inexistente que proscribía la *lex tertia*, con lo cual era viable -en criterio del actor- aplicar por principio de favorabilidad penal la Ley 906 de 2004 y el Decreto Ley 706 de 2017 respecto a los beneficios que solicitaba. Además de ello, el accionante plantea que el Tribunal acusado dejó de aplicar la Ley 1760 de 2015 que releva al juez de cualquier consideración sobre el quantum punitivo para decidir si procede la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad; y, (ii) defecto por *violación directa de la Constitución*, en tanto el Tribunal dejó de aplicar el principio de favorabilidad penal como integrante del derecho fundamental al debido proceso, ya que estima que era procedente conceder los beneficios establecidos en el artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017 y en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004. De hecho, del actor pidió al juez de tutela que si consideraba que no eran procedentes tales beneficios, se analizara la posibilidad de suspender la ejecución de la orden de captura hasta que el accionante se sometiera a la JEP (art. 6° del DL 706/17), la cual adujo que es su juez natural.

Con base en lo anterior, el accionante solicitó el amparo constitucional a los derechos fundamentales invocados y que, en consecuencia, se deje sin efectos la decisión judicial que cuestiona y se le conceda la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, o de manera subsidiaria, se suspenda la orden de captura que fue librada en su contra.

Conforme se expuso en la consideración central de esta providencia, la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, siempre y cuando exista una vulneración de derechos fundamentales y se cumplan con los requisitos generales y específicos que hagan viable el amparo constitucional. Siendo ello así, corresponde a la Sala de Revisión determinar si el presente caso cumple con tales requisitos, a lo cual procede seguidamente.

5.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

5.2.1. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional:* El presente caso goza de relevancia constitucional porque presenta un debate sobre la aplicación del principio de favorabilidad penal en la concesión de beneficios penales para agentes estatales integrantes de la Fuerza Pública que presuntamente cometieron delitos que eventualmente se pueden relacionar con el conflicto armado interno, lo cual de suyo implica un asunto novedoso que impone la exigencia de aclarar el contenido y alcance de garantías fundamentales. Sumado a ello, el caso se relaciona con la posible afectación de los derechos constitucionales al debido proceso y a la libertad individual, así

como con el presunto desconocimiento del tratamiento equilibrado, equitativo, simétrico y simultáneo al cual refiere el Acto Legislativo 01 de 2017. En tal sentido, este punto se encuentra satisfecho.

5.2.2. *Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada:* Para analizar este punto, la Sala adelantará dos estudios independientes. El primero relacionado con el sometimiento del Mayor General Henry William Torres Escalante a la JEP y, el segundo que hace referencia al proceso penal No. 2016-00006 que cursa actualmente en la jurisdicción ordinaria y que se encuentra en la fase de juzgamiento.

En tratándose del **primer tópico**, la Sala estima importante precisar que durante el trámite de la presente acción de tutela en sede de revisión, la Presidente de la JEP emitió un comunicado en el cual indicó que esa jurisdicción especial había asumido el estudio de sometimiento del Mayor General del Ejército Henry William Torres Escalante, quien fue citado para comparecer a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y para que reconociera el acta de formalización de apertura del trámite con el fin de aplicar los beneficios de la justicia transicional.

A partir de esa información, la Sala Séptima de Revisión decretó y recaudó diversas pruebas, las cuales permitieron establecer lo siguiente: (i) el 28 de junio de 2018 el accionante elevó petición de sometimiento a la JEP; (ii) mediante resolución No. 668 de 2018 expedida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, el accionante y su abogado defensor fueron citados a audiencia de comparecencia ante esa justicia especial y transitoria; (iii) dicha audiencia se llevó a cabo el 10 de julio de 2018 y en ella el accionante manifestó libre, voluntaria y expresamente su acogimiento a la JEP, es decir, al componente justicia del SIVJNR, situación que quedó consignada en el acta de sometimiento No. 303230 que suscribió ese mismo día; y, (iv) en aquella audiencia la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas explicó al accionante las obligaciones que implican su sometimiento a la JEP y las consecuencias en caso de incumplimiento, al igual que dispuso la apertura del trámite para estudiar en detalle las pretensiones del actor, dentro de las cuales se encuentra que el radicado penal No. 2016-00006 que se le adelanta por el presunto homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y su menor hijo Roque Julio Torres Torres, sea asumido por la JEP como juez natural para investigar y fallar ese caso en el contexto de la justicia transicional.

Así las cosas, la Sala Séptima de Revisión advierte que en la actualidad la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, avocó conocimiento del caso del accionante y se encuentra pendiente de emitir un pronunciamiento de fondo frente a la competencia de esa jurisdicción especial en cuanto a la situación jurídico-procesal del Mayor General Henry William Torres Escalante. Es más, según informó la Magistrada de la JEP que tiene a su cargo el asunto del actor, también se encuentra pendiente de resolver **una solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento** que elevó el 10 de julio de 2018 el Mayor General

Henry William Torres Escalante y que como beneficio del SIVJNR corresponde a esa jurisdicción especial reconocer su procedencia o rechazo.

De acuerdo con la última información que fue allegada a esta Corporación por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento **se encuentra en estudio** desde el 1° de agosto de 2018, junto con el expediente penal No. 2016-00006 que fue remitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal.

Pues bien, teniendo claro el anterior panorama probatorio, vale la pena resaltar que de acuerdo con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP si bien no hace parte de la Rama Judicial, tiene asignada la función constitucional de administrar justicia de manera transitoria y autónoma, de tal forma que conoce preferentemente sobre todas las demás jurisdicciones y con exclusividad de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016⁶⁰, siempre y cuando las mismas hayan sucedido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Es así que para acceder al tratamiento especial previsto en el SIVJNR es necesario que quien se someta a la jurisdicción especial aporte verdad plena relatando de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión sin que ello implique reconocimiento de responsabilidad, y además repare a las víctimas y otorgue garantías de no repetición.

De hecho, el mismo Acto Legislativo 01 de 2017 en sus artículos 17 y 21 consagra que en virtud del carácter inescindible de la JEP, los miembros de la Fuerza Pública que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, tienen derecho a un tratamiento simétrico frente a algunos aspectos, diferenciado en otros, pero en todo caso regido por los lineamientos de ser equitativo, equilibrado y simultáneo⁶¹. Y es que por ejemplo, la Ley 1820 de 2016 “[p]or medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones” a pesar de haber sido expedida antes del Acto Legislativo 01 de 2017, también consagra como uno de sus principios rectores que los agentes estatales que hayan incurrido en las conductas punibles ya indicadas, tienen derecho a recibir un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo y simultáneo.

Como expresión de ese tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado, la mencionada Ley 1820 de 2016 estableció como *beneficios propios* del sistema integral (i) la libertad transitoria, condicionada y anticipada para agentes estatales que se sometan a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con el fin de acogerse a la renuncia de la persecución penal, siempre que cumplan los requisitos y condiciones legales para ello (arts. 51 y 52); y, (ii) especialmente para integrantes de la Fuerza Pública se fijó el beneficio de la

⁶⁰ Salvo cuando se trate de delitos de ejecución permanente atribuibles a cualquier persona sobre las que la JEP haya asumido competencia, los cuales se rigen por las disposiciones constitucionales especiales consignadas en el mismo artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017.

⁶¹ Dicho tratamiento penal especial simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo frente a agentes estatales miembros de la Fuerza Pública, fue declarado exequible por esta Corporación en el control automático de constitucionalidad que adelantó en la sentencia C-674 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

privación de la libertad en unidad militar o policial, para el cual también se establecieron requisitos específicos (arts. 56 y 57). Además de lo anterior, la aplicación de ese tratamiento penal especial diferenciado a la Fuerza Pública igualmente se materializó con la expedición del Decreto Ley 706 de 2017⁶², el cual indicó que respecto de quienes se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad, la autoridad judicial correspondiente podrá suspender la ejecución de la orden de captura (art. 6), o podrá revocar la medida de aseguramiento impuesta, o la podrá sustituir por una no restrictiva de la libertad, siempre que se den los requisitos legales, en las investigaciones o procesos adelantados contra los miembros de la Fuerza Pública por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno⁶³. No obstante todos los anteriores beneficios especiales que hacen parte del tratamiento penal especial diferenciado, es necesario suscribir un acta de compromiso en la cual el beneficiario se obliga a atender los requerimientos de la autoridad competente.

Adicionalmente, quienes comparezcan ante la JEP pueden solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramientos a partir de los lineamientos legales establecidos en la Ley 906 de 2004, es decir, como se advierte por parte de esta Sala, cuentan con diferentes mecanismos de defensa judiciales que resultan ser idóneos y eficaces para la protección de sus derechos fundamentales.

En el presente caso, como se explicó a partir del análisis de las pruebas que fueron recaudadas en sede de revisión, el accionante quien se sometió voluntariamente a la JEP, se encuentra pendiente que esa jurisdicción especial determine si asume o no competencia del proceso penal que se identifica bajo el radicado No. 2016-00006 y, además, que emita decisión frente a la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento privativa de la libertad que su abogado defensor presentó el 10 de julio de 2018. Lo anterior permite a la Sala estimar que esos procedimientos se encuentran en curso y, por consiguiente, el Mayor General Henry William Torres Escalante no ha agotado todos los mecanismos de defensa judicial que tiene a su alcance para solicitar la protección de los derechos a la libertad individual y al debido proceso que invoca, situación que torna improcedente la acción de tutela por incumplir el requisito de subsidiariedad.

Y es que, en ese sentido vale la pena aclarar que la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, si bien difiere de la sustitución de esa misma medida por otras no privativas de la libertad, lo cierto es que aquella se torna en un remedio procesal inmediato y efectivo que logra de mejor manera garantizar sus derechos constitucionales en el marco de la justicia transicional. Por ende, lo procedente es que el accionante espere a que la JEP resuelva esa petición especial derivada de su sometimiento al

⁶² “Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”.

⁶³ Los artículos 6 y 7 del Decreto Ley 706 de 2017 fueron declarados exequibles por esta Corporación mediante sentencia C-070 de 2018 (MP Alberto Rojas Ríos).

componente de justicia del SIVJNR, sin que se advierta que dicha espera pueda generar un perjuicio irremediable que lesione garantías fundamentales del actor, quien en ningún momento alegó tal perjuicio en el trámite tutelar y menos lo demostró. De hecho, el actor puede interponer los recursos de reposición y de apelación -de ser procedente éste último- contra la decisión que profiera la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en los términos de las Leyes 1820 de 2016 y 1922 de 2018⁶⁴, así como del Decreto Ley 706 de 2017. De tal forma que ello refuerza la improcedencia de la tutela en el asunto *sub examine*.

Ahora bien, en cuanto al **segundo tópico** en que se dividió el presente estudio de subsidiariedad, esto es, la existencia y el trámite del proceso ordinario penal No. 2016-00006, la Sala considera que en caso tal de que la JEP no asuma competencia respecto de ese asunto y con ello se imponga su devolución al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal, el accionante tendría a su alcance diferentes mecanismos de defensa judicial en tanto dicho proceso se encuentra en fase de juzgamiento, como por ejemplo, solicitar que la medida de aseguramiento privativa de la libertad sea sustituida por algunas de las medidas no privativas de la libertad que establece el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, pero demostrando el cumplimiento de los requisitos legales que establecen los artículos subsiguientes. Así las cosas, la solicitud de sustitución de la medida no podría realizarse con base en el Decreto Ley 706 de 2017, sino que debe partir de las exigencias propias de la Ley 906 de 2004. Sumado a lo anterior, la decisión definitiva que asuma el juez ordinario penal también es susceptible de los recursos ordinarios procedentes, lo cual es respetuoso de la autonomía e independencia judicial. Por consiguiente, ante la existencia de medios idóneos y eficaces para garantizar los derechos fundamentales del actor, la presente acción de tutela deviene en improcedente.

Finalmente, la Sala considera que además de los dos tópicos analizados, es necesario recordar que el artículo 30 de la Constitución establece la posibilidad de interponer la acción constitucional de hábeas corpus cuando quien estuviera privado de la libertad, creyera estarlo de forma ilegal. Por consiguiente, el accionante también cuenta con ese instrumento que puede ejercer en cualquier tiempo y que debe ser resuelto en un término ágil de 36 horas, siendo entonces otra garantía más para proteger sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, a título de conclusión, la Sala de Revisión considera que la presente acción de tutela contra providencia judicial es improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad, habida cuenta de que el accionante Mayor General Henry William Torres Escalante tiene a su disposición diferentes medios de defensa para procurar la garantía de sus derechos al debido proceso y a la libertad individual. Ante la improcedencia anotada, resulta irrelevante continuar con el análisis de los demás requisitos generales que habilitan la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, y, en tal sentido, corresponde modificar las decisiones de instancia que *negaron la solicitud de amparo por improcedente*, en tanto se debe ajustar la decisión a la

⁶⁴ Ley 1922 de 2018 “por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, en especial el artículos 48.

técnica constitucional con el fin de brindar mayor claridad en cuanto al incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Por consiguiente, se deberá declarar la improcedencia de la acción de tutela por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Además de ello, en la parte resolutive se levantarán los términos que fueron suspendidos por práctica de pruebas mediante Auto del 31 de julio de 2018.

6. Síntesis de la decisión

6.1. A través de apoderado judicial, el Mayor General Henry William Torres Escalante presentó acción de tutela contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual, los cuales estima que fueron vulnerados con la providencia judicial del 15 de diciembre de 2017, que revocó la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue concedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal mediante Auto del 3 de agosto de 2017, dentro del radicado No. 2016-00006 que corresponde al proceso penal que se le adelanta por el presunto delito de homicidio en las personas protegidas de Daniel Torres Arciniegas y el adolescente Roque Julio Torres Torres.

Señaló que el Tribunal accionado incurrió en *(i) defecto sustantivo*, porque supuso la existencia de una norma procesal legal inexistente que proscribía la *lex tertia*, con lo cual era viable aplicar por principio de favorabilidad penal la Ley 906 de 2004 y el Decreto Ley 706 de 2017 respecto a los beneficios que solicitada. Además de ello, el accionante planteó que el Tribunal accionado dejó de aplicar la Ley 1760 de 2015 que releva al juez de cualquier consideración sobre el quantum punitivo para decidir si procede la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad; y, *(ii) defecto por violación directa de la Constitución*, en tanto el Tribunal dejó de aplicar el principio de favorabilidad penal como integrante del derecho fundamental al debido proceso, ya que estima que era procedente conceder los beneficios establecidos en el artículo 7° del Decreto Ley 706 de 2017 y en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Con base en los anteriores defectos que enrostra al Tribunal acusado, el accionante solicitó el amparo constitucional a los derechos fundamentales invocados y que, en consecuencia, se dejara sin efectos la decisión judicial que cuestiona y se le conceda la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, o de manera subsidiaria, se suspenda la orden de captura que fue librada en su contra.

6.2. La Sala Séptima de Revisión planteó los siguientes problemas jurídicos a resolver: *(i)* determinar si la acción de tutela es procedente para cuestionar una decisión judicial ordinaria penal, aun cuando el actor voluntariamente se sometió a la Jurisdicción Especial para la Paz; y, *(ii)* establecer si el Tribunal accionado desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual del accionante, por haber revocado la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue concedida por el

Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal en Auto del 3 de agosto de 2017, incurriendo en los defectos sustantivo y de violación directa a la Constitución por desconocer el principio de favorabilidad penal.

6.3. Al abordar el estudio del primer problema jurídico planteado, la Sala Séptima de Revisión concluyó que la presente acción de tutela contra providencia judicial es improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad, habida cuenta de que el Mayor General Henry William Torres Escalante tiene a su disposición diferentes medios de defensa para procurar la garantía de sus derechos al debido proceso y a la libertad individual. Lo anterior por cuanto el accionante se sometió voluntariamente a la JEP y con ello habilitó diversos mecanismos de defensa judicial que se encuentran en trámite pendientes de resolver por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de esa jurisdicción especial, entre los cuales figuran la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y el que dicha Sala asuma la competencia como juez natural transicional de los hechos que se reportan en el radicado penal No. 2016-00006.

Además de ello, la Sala identificó que en caso tal de que la competencia del asunto penal ordinario regrese al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal, allí el actor tiene a su disposición varios mecanismos de defensa judicial para controvertir las diferentes decisiones que se dicten en la fase de juzgamiento tales como solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por aquellas no privativas demostrando el cumplimiento de todos los requisitos que establece la Ley 906 de 2004, al igual que puede controvertir la sentencia penal mediante los recursos de apelación y de casación, a la vez que puede invocar la acción constitucional de hábeas corpus en cualquier momento frente a la detención ilegal y prolongada que afecte su derecho a la libertad.

A partir de lo anterior, la Sala decidió modificar las decisiones de instancia que *negaron la solicitud de amparo por improcedente*, en tanto estimó la necesidad de ajustar la decisión tutelar a la técnica constitucional con el fin de brindar mayor claridad en cuanto al incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Por consiguiente, declaró la improcedencia de la acción de tutela por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Además de ello, en la parte resolutive procedió a levantar los términos que fueron suspendidos por práctica de pruebas mediante Auto del 31 de julio de 2018.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR los términos suspendidos mediante Auto del 31 de julio de 2018, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corporación.

Segundo.- MODIFICAR la decisión adoptada en la sentencia dictada el 6 de marzo de 2018 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual a su vez confirmó la sentencia de primera instancia emitida el 25 de enero de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el Mayor General (R) Henry William Torres Escalante contra la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, en el sentido de **DECLARAR** la improcedencia de dicha acción de tutela por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Tercero.- COMUNICAR esta providencia para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, tanto a las partes accionante y accionada, así como a los terceros intervinientes involucrados por los jueces de instancia.

Comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General