



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

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

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

STP5495 -2023

Radicación n.º 130745

Acta 109.

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Decide la Corte la impugnación presentada por **Jaime Wither Sánchez Posada**, a través de apoderado judicial, contra el fallo proferido el 30 de marzo del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que negó por improcedente el amparo de sus derechos al *debido proceso y a la libertad*.

La acción de tutela se presentó contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán –Antioquia– y a la actuación fueron vinculados como terceros intervinientes todos los sujetos procesales en el radicado número 05001600020620115847800.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En contra de **Jaime Wither Sánchez Posada** se adelanta proceso penal con radicado número 050016000206201158478, en el que, el 4 de diciembre de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico – Antioquia– la fiscalía le imputó cargos por los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad material en documento público, peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El 27 de marzo de 2019 se presentó escrito de acusación que le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán –Antioquia–.

Surtida la etapa de juzgamiento y una vez culminada la práctica probatoria, el 7 de marzo de 2023 se dictó sentido del fallo de carácter condenatorio en contra de **Jaime Wither Sánchez Posada**, tras hallarlo responsable de los delitos antes mencionados y se emitió orden de captura de acuerdo con el artículo 450 de la Ley 906 de 2004¹.

En razón a lo anterior, la defensa solicitó al Juez que, por principio de favorabilidad se aplicara el artículo 188 de

¹ ARTÍCULO 450. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.

la Ley 600 del 2000² a efecto de que sólo se dicte la orden de captura cuando la sentencia quedara ejecutoriada.

El Despacho informó que la decisión de aprehensión no era susceptible de recurso, afirmando que la detención del procesado era necesaria luego de negar los subrogados penales, ya que los delitos por los que fue hallado responsable tienen prohibición para su concesión, según el artículo 68A del Código Penal.

Es así como **Jaime Wither Sánchez Posada**, a través de apoderado judicial, interpuso la presente acción de tutela con el objeto de amparar sus derechos fundamentales, los cuales estimó vulnerados con la orden de captura que se emitió en la audiencia de lectura del sentido del fallo.

Como fundamento de su pretensión de amparo, adujo que el juez accionado omitió sustentar la necesidad de emitir la orden de captura de conformidad con lo dispuesto en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, según lo referido en la sentencia C-342 de 2017, en tanto, limitó su argumento a señalar que la orden era procedente de acuerdo con el artículo 68A de la Ley 1709 de 2014, que modificó la Ley 599 de 2000, la cual contempla una prohibición expresa de los beneficios y subrogados penales para los delitos contra la administración pública. Además, refirió que dicha norma no

² ARTICULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

resultaba aplicable, debido a que los hechos habían acontecido en el primer trimestre del año 2010.

En consecuencia, solicitó la cancelación de la orden de captura emitida en su contra el 7 de marzo del año en curso, proferida al interior del proceso con radicado número 05001600020620115847800.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia declaró por improcedente el amparo, por no encontrarse satisfecho el presupuesto de la subsidiariedad, en tanto, el proceso penal objeto de cuestionamiento se encuentra en curso, específicamente, en etapa de juzgamiento.

Puntualmente, señaló que el accionante tiene la oportunidad de agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance, como ocurre con el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, en virtud de la cual, puede controvertir tanto la responsabilidad penal, como la *determinación de la privación de su libertad*.

Además, indicó que no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita estudiar de fondo la solicitud.

Precisó que, si bien *“[e]s cierto que el Juez pudo no haber acertado al argumentar la necesidad de la orden según la prohibición del artículo 68A del Código penal, debido a que la norma citada no existía al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de condena, (...) esto no es relevante para emitir orden de encarcelamiento en el sentido de fallo”*.

Al respecto, señaló que, de acuerdo con la sentencia C-347 de 2017, el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 faculta a los jueces de conocimiento en el curso del proceso para que, una vez anunciado el sentido del fallo, ordenen la detención del procesado si ello resulta necesario, de conformidad con los artículos 54 y 63 del Código Penal, *“los cuales se dan por sentados una vez el juzgamiento ha terminado”*.

Advirtió que, no había lugar a acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, conforme con los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad material en documento público, peculado por apropiación y celebración indebida de contratos, dado que la pena mínima que consagra el delito de mayor entidad (peculado por apropiación) es de 96 meses.

Por último, adujo que, si bien, la parte actora solicitó el amparo del derecho a la libertad, no se aprecia cómo el mismo está siendo vulnerado, toda vez que el procesado no se encuentra privado de la libertad, al punto que, la pretensión es la cancelación de la orden de captura y no la disposición de la libertad.

DE LA IMPUGNACIÓN

Jaime Wither Sánchez Posada, a través de apoderado, impugnó el fallo de primera instancia, tras considerar que dicha decisión desconoció que la orden de captura emitida en su contra constituye en sí misma una vía de hecho, por configurarse el defecto de falsa motivación.

A juicio del recurrente, al juez le correspondía motivar la determinación de dictar la orden de captura, de manera que erró en sustentar dicha decisión en la aplicación del artículo 68A del Código Penal, alusivo a la exclusión de los beneficios y subrogados penales. En consecuencia, advirtió que el accionado no sólo no cumplió con la carga argumentativa exigida, sino que aplicó una norma que no estaba vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos³.

Resaltó que si el juez hubiese efectuado un análisis de necesidad de la captura habría valorado que en el proceso penal no se impuso una medida de aseguramiento, debido a que de manera responsable y acuciosa siempre compareció a las actuaciones en las que se requirió su presencia.

Adicionalmente, refirió que, por tratarse de una determinación puesta en conocimiento en la audiencia de sentido del fallo, no tiene otro medio de defensa judicial, toda

³ Indicó el actor que la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos era la Ley 1142 de 2007 y que en ésta no se hace mención a la prohibición expresa para los delitos en contra de la administración pública.

vez que, no pueden ejercerse los recursos de Ley en esta etapa procesal hasta que no haya una sentencia condenatoria en términos de ejecutoria.

En ese orden de ideas, alegó la existencia de un perjuicio irremediable por cuanto está vigente una captura de cumplimiento inmediato, que le genera el temor de que se haga efectiva en cualquier momento. Situación que, en su entender, evidencia un riesgo inminente y grave que requiere medidas urgentes a efecto de impedir la restricción de su libertad.

De otro lado, señaló que, con sustento en el principio de favorabilidad, en la audiencia de sentido del fallo solicitó al Juez aplicar el artículo 188 de la Ley 600 de 2000 y no el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 para que se emita la orden de captura solo cuando la sentencia quede ejecutoriada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para conocer la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

El problema jurídico, se contrae a resolver la impugnación interpuesta por la parte actora, contra el fallo de tutela de 30 de marzo de 2023, que negó por improcedente el amparo de las garantías fundamentales del actor, las

cuales estima vulneradas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia, con ocasión de la orden de captura emitida en su contra en la audiencia de sentido del fallo celebrada el 7 de marzo de 2023, en la que junto con otros dos procesados⁴, fue hallado responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación, falsedad ideológica de documento público y falsedad material en documento público.

Para el demandante constitucional, dicha determinación incurre en dos vicios, el primero, porque se fundó en la negativa de los beneficios y subrogados penales de que trata el artículo 68A del Código Penal, norma que no resultaba aplicable teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia de los hechos. Y, en segundo lugar, porque no se motivó con suficiencia por qué era necesaria la captura, sobre todo cuando exigió la aplicación por favorabilidad de la Ley 600 de 2000, para que se hiciera efectiva una vez ejecutoriado el fallo condenatorio.

Aplicación del artículo 68A del Código Penal

En lo que respecta al primer debate, esto es, la indebida aplicación del artículo 68A del Código Penal, desde ya se anticipa que el fallo de primer grado será confirmado en ese puntual aspecto, pues, la tutela resulta improcedente en la medida que el actor plantea una discusión que debe surtirse al interior del proceso penal que se encuentra en curso.

⁴ Juan Marcelo Gaviria Zapata y Victor Alfonso Álvarez Vergara.

Debe recordarse que, frente a las especiales características de subsidiariedad y residualidad de la tutela, de antaño se ha sostenido que imposibilitan que se acuda a él para obtener una intervención indebida en procesos en curso, toda vez que tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró la acción tuitiva, como mecanismo residual de defensa de los derechos fundamentales.

De acuerdo con ello, –se *insiste*– la discusión sobre la indebida aplicación del artículo 68A debe darse en el proceso penal materia de controversia, el cual, como se supo, se encuentra en etapa de juzgamiento, a esperas de darse lectura al fallo condenatorio. Además, de que no se halla alguna situación extraordinaria que amerite la intervención excepcionalísima del juez de tutela.

Captura inmediata en sentido del fallo

Acto seguido, esta Sala le corresponde pronunciarse sobre el segundo cuestionamiento, que consiste en la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad de **Jaime Wither Sánchez Posada** con ocasión de la orden de captura inmediata emitida en su contra, en el escenario de la audiencia de sentido del fallo, en la que, en criterio del actor, no se realizó un juicio de necesidad que se exige en estos casos, de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 2017 y tampoco se aplicó por

favorabilidad el artículo 188 de Ley 600 de 2000, en lo que atañe a esperar la ejecutoria de la condena para hacer efectiva la aprehensión.

Con el fin de garantizar un orden esquemático de solución, esta Sala abordará las siguientes temáticas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) el derecho a la libertad; (iii) el régimen de la libertad y su restricción de cara al artículo 450 de la Ley 906 de 2004; (iv) factores a tener en cuenta al momento de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con la norma referida –artículo 450– y, (v) el estudio del caso concreto.

i) La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

De forma sostenida⁵, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la tutela tiene un carácter estrictamente subsidiario y, como tal, no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las decisiones expedidas dentro de una causa judicial o administrativa.

De otro lado, la Corte Constitucional ha reiterado que, a fin de proteger la seguridad jurídica, la certeza sobre las decisiones judiciales y la autonomía de los jueces, la tutela contra providencias se erige como un recurso excepcional que procede en los casos en los que se presente violación

⁵ CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad. 99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad. 98927; entre otros.

flagrante y grosera a la Constitución por parte del funcionario judicial y se cumplan los requisitos generales de procedencia y específicos de procedibilidad.

De modo que, su ejercicio excepcional contra providencias judiciales supedita su prosperidad al cumplimiento de «*ciertos y rigurosos requisitos generales de procedencia y específicos de procedibilidad*»⁶, que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional⁷.

Corresponden al primer grupo de requisitos: i) que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; iv) que ante una irregularidad procesal, el defecto tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia; v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y, vi) que no se trate de sentencia de tutela.

Y son requisitos específicos la existencia de un defecto sustantivo, orgánico o procedimental; de uno fáctico; de un error inducido o por consecuencia; que la decisión cuestionada carezca de motivación; el desconocimiento del precedente y la vulneración directa de la Constitución.

⁶ Sentencias C-590/05 y T-332/06.

⁷ Ibidem.

Así las cosas, al abordar el estudio del caso concreto se evaluará la satisfacción de tales requisitos.

ii) El derecho a la libertad

El artículo 28 de la Constitución Política contiene la cláusula general del derecho a la libertad personal, el cual se erige como un principio, valor y derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. El mismo comprende la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona, salvo por causas anticipadamente definidas en la ley, y previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con observancia de las formalidades legales.

A su vez, instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento jurídico interno de conformidad con el canon 93 Superior, contemplan su reconocimiento y protección. Concretamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9º y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el canon 7º, en síntesis, establecen que el derecho a la libertad personal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con estricta observancia de los procedimientos previamente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley.

El derecho a la libertad personal, pese a ser reconocido como un elemento básico y estructural del Estado Social de Derecho, no goza de un carácter absoluto e ilimitado (CC C-030/03), en tanto el Constituyente no lo concibió como un derecho inmune a cualquier forma de restricción (CC C-024/94, C-578/95, C-327/97, C-581/01, C-622/03, entre otras). En tal sentido, se ha reconocido que en *algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal, la cual en todo caso no puede ser arbitraria* (CC C-1024/02 y C-1001/05).

De acuerdo con esta garantía, es sabido que, en materia de política criminal, el legislador cuenta con un amplio margen para su configuración, no obstante, tiene un importante límite, que consiste en que *la restricción de la libertad no puede convertirse en regla general ni en el único instrumento que tiene el juez para asegurar el éxito de la investigación y juzgamiento penal* (CC C-425/08 y C-567/19).

En concordancia con lo expuesto, la Corte Constitucional ha dicho que la restricción a la libertad resulta admisible bajo las siguientes condiciones: (i) con fundamento en el mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) con las formalidades legales; y (iii) por motivo previamente definido en la ley. Conjuntamente, (iv) la persona detenida debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que aquel adopte la decisión correspondiente.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, *Bulacio Vs. Argentina* y *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*⁸, ha considerado que el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido.

Además, la Corte ha considerado indispensable destacar, como garantía del derecho a la libertad personal, que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (CIDH, Caso Suárez Rosero, 1997).

En relación con la forma en la que se debe acreditar los elementos que son constitutivos de las finalidades legítimas, al momento de imponer una medida privativa de libertad, la Corte refirió en los casos *Romero Feris Vs. Argentina* y *Tzompaxtle Tecpile Vs. Mexico* (2022) que *“[e]l peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer. Debe evaluarse con referencia a una serie de otros factores relevantes que pueden confirmar la existencia de un peligro de fuga, como por ejemplo aquellos relacionados con el hogar, ocupación, bienes, lazos familiares y todo tipo de vínculos con el país en el que está*

⁸ Todas sentencias del año 2003.

siendo procesado. También ha afirmado que el peligro de que el acusado obstaculice la conducción adecuada de los procedimientos no se puede inferir in abstracto, tiene que estar respaldado por evidencia objetiva, por ejemplo, el riesgo de presión sobre testigos o la pertenencia a una organización criminal o una pandilla”.

Finalmente, también ha precisado que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente (artículo 8.1) es arbitraria y, por tanto, viola el artículo 7.3 de la Convención. En tal sentido, la Corte se ha referido en los casos Suárez Rosero Vs. Ecuador (1999), Argüelles y otros Vs. Argentina (2014), Romero Feris Vs. Argentina (2019) y Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México (2022).

iii) El régimen de la libertad y su privación de cara al artículo 450 del Código de Procedimiento Penal

La orden de captura se constituye como una de las herramientas a través de la cual el juez puede disponer la restricción de la libertad y cumple finalidades específicas dependiendo del momento en que se dicte.

El artículo 296 de la Ley 906 de 2004 consagra que dicha garantía podrá ser afectada, cuando sea necesario para, (i) evitar la obstrucción de la justicia; (ii) asegurar la comparecencia del imputado al proceso; (iii) la protección de la comunidad y de las víctimas; o (iv) **para el cumplimiento de la pena.**

En relación con ese último aspecto, es decir, atinente a la restricción de la libertad mediante orden de captura dictada para el cumplimiento de la pena, el estatuto procesal penal colombiano consagra la posibilidad de que la misma sea librada desde el mismo momento en que se dicta el sentido del fallo condenatorio. Así, el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 establece:

«ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.»

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal ha esbozado⁹:

«El artículo 450 de la Ley 906 de 2004 dispone:

(...)

Disposición frente a la cual la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

*[...] Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que **en los términos de la Ley 906 de 2004** la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente **cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo.** Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la **regla general** consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. **Y si tal mandato lo***

⁹ CSJ SP3353-2020 15 jul. 2020, rad. 56600, STP7927-2021 24 jun. 2021, rad. 117162.

incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.

Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad.

En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehuido su comparecencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación, y (v) en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.

En ese contexto, es claro que la captura de quien ha sido declarado responsable a efectos de que cumpla la sanción impuesta, a voces del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, debe ordenarse inmediatamente cuando se han negado «los subrogados o penas sustitutivas». Nótese, además, que en este evento no existe ninguna situación excepcional para que esta Colegiatura se abstenga de ordenar aprehender al procesado.»

De manera que, con fundamento en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, el juez sentenciador está facultado para ordenar la captura de la persona que ha sido declarada penalmente responsable y no ha resultado favorecida con el otorgamiento de subrogados penales, decisión que puede adoptarse al momento de la enunciación del sentido de fallo y, con mayor razón, en la sentencia, cuando, se repite, no se ha otorgado un subrogado que imponga la suspensión de la ejecución de la pena.

Este criterio ha sido reiterado en la sentencia CSJ SP3353-2020 de 15 de julio de 2020 y, en sede de tutela, en los fallos STP14237-2021, STP13837-2021, STP11436-2021, STP7927-2021 y en STP17433-2021, entre otras.

Quiere decir lo anterior que nunca ha estado en discusión la facultad que le otorga la ley al sentenciador de anticipar la captura del acusado no privado de la libertad, pues, el mismo canon 450 del Código de Procedimiento Penal así lo establece, cuando indica “(s)i la detención es necesaria”, podrá hacerlo con efecto inmediato.

Sin embargo, una nueva aproximación al tema impone estudiarlo a efecto de fijar una postura que se ajuste –*aún más*-, a los preceptos de la Carta Política Colombiana.

Los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, encabezan el título IV alusivo al *régimen de la libertad y su restricción* y consagran en términos generales las disposiciones comunes que desarrollan el principio general de la libertad contenido en la Constitución y Código Adjetivo Penal¹⁰.

El primer artículo, titulado *Afirmación de la libertad*, enseña que: “Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado

¹⁰ Artículo 2 Libertad: “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”.
“(…)”

tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser **necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales**” (Negrilla de la Sala). El segundo canon, fija como finalidad de la restricción de la libertad lo siguiente: “La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”.

De lo visto se extraen varias conclusiones:

(i) Las aludidas pautas normativas transversalizan todo el régimen de privación de la libertad en el proceso penal, por lo tanto, en manera alguna se limitan a una etapa procesal en concreto, como sería, por ejemplo, la que se desarrolla en los albores del mismo a la hora de examinar la procedencia o no de la detención preventiva. Con lo cual, debe concluirse que el carácter excepcional de la restricción en comento, su aplicación bajo ciertos criterios y el seguimiento de sus fines se predicán de toda decisión en la que esté en juego la limitación a la libertad del implicado.

Refuerza lo dicho recordar que tales normas hacen parte de las “*disposiciones comunes*”, que consagra el Código de Procedimiento Penal como ya se destacó arriba.

Por otro lado, otra conclusión que se desprende de la lectura de tales disposiciones es que **(ii)** desarrollan tácitamente la escogencia y aplicación de una metodología de análisis denominada el *test de razonabilidad*, a partir del cual

la intromisión en un derecho fundamental, en este caso la libertad, está justificada siempre que la medida aflictiva sea adecuada, necesaria y proporcional.

Valga precisar que el origen de dicho *test* se remonta a al principio de proporcionalidad y de ponderación, como una técnica utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán¹¹, alusiva a la necesidad en todos los casos de evaluar y ponderar entre los distintos valores concurrentes en un pleito. En sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español, tales como SSTC 66 de 1995 y 55 de 1996, se descompone el principio de proporcionalidad en tres subreglas: a) el subprincipio de adecuación o idoneidad; b) el subprincipio de necesidad y c) el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A tono con ello, en Colombia, el aludido *test* se empezó a consolidar desde la sentencia C-022 de 1996. En esa ocasión, la Corte Constitucional dedicó un análisis detallado a los elementos de la proporcionalidad *–tal y como son aplicados por el Tribunal Alemán–* dentro de su propio examen de razonabilidad y explicó que este sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales cuando entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de operación del otro, luego entonces, es el juez constitucional quien debe determinar si esa limitación es proporcional de acuerdo con la importancia del principio afectado a la luz de la Constitución.

¹¹ Caso Erich Lüth.

En términos metodológicos concluyó que el concepto de proporcionalidad comprende tres elementos: “la **adecuación** de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la **necesidad** de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la **proporcionalidad en sentido estricto** entre medios y fin, que implica, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes” (negrilla fuera del texto)

Así las cosas, cuando el artículo 295 indica que la restricción de la libertad, además de ser excepcional, su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, está incorporando en otras palabras el mencionado *test de razonabilidad* al exigir un juicio de ponderación y proporcionalidad, esta vez, entre la medida restrictiva, sus fines y la libertad del procesado.

Es así como el Código de Procedimiento Penal, en más de una ocasión, replica esa fórmula, al exigir expresamente que, al momento de evaluar la restricción del derecho superior a la libertad, se someta en todos los casos a un razonamiento de ponderación y proporcionalidad en los aludidos términos.

Por otro lado, pero bajo la misma línea de pensamiento que viene destacándose, la interpretación de los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, conduce a otra conclusión

adicional, consistente en **(iii)** el reconocimiento expreso y legal del principio *pro libertate*, pues, el primer artículo en cita entrega herramientas de suma importancia para afirmar que ante “*situaciones en las que se llegue a la conclusión motivada, justificada y, especialmente, razonable acerca de que pasajes legales puedan ser oscuros o contradictorios, es necesario que se interpreten de manera restrictiva, resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisión constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal*”, tal como se dijo en CSJ AP, 20 oct 2005, rad. 24152.

Este principio impone que el operador jurídico debe preferir la norma o interpretación de esta que restrinja en menor grado la libertad, lo que supone entonces que para ir en contra de la misma se exigen intensos niveles de justificación y argumentación de cara a su limitación.

Pero a su vez, a la par del principio *pro libertate* puede agregarse a este escenario de análisis el principio general de *presunción de inocencia*, evidenciado en instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, tales como la Declaración de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; el cual, además, halla expresa consagración en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, cuando se señala que “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”. Y el canon 7 de la Ley 906 de 2004, cuando se precisa que “*Toda persona se presume inocente y **debe***

ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal” (negrilla fuera del texto).

Así, *prima facie* mientras no haya fallo de responsabilidad en firme, no habría lugar a privar de la libertad a un procesado, en tanto ello sería equivalente a tratarlo como “*culpable*”, sabiéndose que, dicho precepto en manera alguno ostenta carácter absoluto, pues, habrá casos en los que, dicha regla deba exceptuarse y, en ese orden de prioridades, justificarse por qué, a pesar de la presunción en cita, un enjuiciable tiene que esperar las resultas del proceso en condición de detenido.

Bajo esa lógica, a partir de los principios en comento, alusivos a la preferencia de la libertad y presunción de inocencia, la carga argumentativa la tiene el operador judicial cuando, pese a no contar con sentencia de ejecutoriada, debe explicar el porqué de la intromisión anticipada que derive en el encarcelamiento del acusado.

En ese contexto, en el marco que ocupa la atención de esta Sala, aquel graficado en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, en donde se autoriza al juez a disponer la captura inmediata del acusado no privado de la libertad, es dable concluir que, en manera alguna, dicho escenario escapa de los lineamientos constitucionales y legales antes reseñados.

Lo anterior permite aseverar que la interpretación armónica de los preceptos que gobiernan el régimen de la libertad y su restricción, con la regla de procedimiento contenida en la norma arriba citada, supone que, una vez anunciado sentido de fallo de carácter condenatorio, el juez deberá, como se ha dicho hasta ahora, evaluar la necesidad de la detención inmediata. Ese examen debe tener en cuenta en primer lugar que la decisión de condena no está ejecutoriada y que la libertad del procesado y la presunción de inocencia se erigen en la regla general y preferente del ordenamiento penal colombiano.

Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales, no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.

A similar conclusión llega la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, T-082 de 2023, cuando estimó como razón fundamental (*ratio decidendi*) de una violación al derecho a la libertad el que el juez, al momento de dar lectura al fallo condenatorio, no haya argumentado por qué era necesario ordenar la captura inmediata del actor. Para la Corte: *“Esa motivación era indispensable para explicar las razones que llevaron a cambiar la posición del juzgador respecto de la necesidad de la pena, como lo establece la Sentencia C-342 de 2017. El requerimiento de la carga argumentativa era reforzado, toda vez que la pena de restricción de la libertad es la medida más excepcional en el ordenamiento jurídico criminal”*.

Luego concluyó “La Sala subraya que un derecho penal respetuoso de la dignidad humana pasa por explicar la necesidad de la pena y por qué el condenado merece la restricción de la libertad mientras se surte el proceso. **En este estado de cosas, la interpretación consistente en que la negación de los subrogados penales apareja inmediatamente la orden de captura es contraria a la Constitución**, como indicó la Sentencia C-342 de 2017.” (negrilla fuera del texto)

Lo adverbado se ha querido resaltar para respaldar el análisis que viene haciéndose porque, cuando el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, estipula que el juez podrá disponer la captura inmediata una vez anunciado el sentido del fallo si lo estima necesario, el sentido y alcance de ese concepto no sólo se agota con el estudio de subrogados penales que arrojen un saldo negativo al procesado, sino, además, con una argumentación reforzada que incluya un juicio de ponderación de cara a los fines de la restricción de la libertad, en los términos que los artículos 295 y 296, entre otros.

A ello se ocupará la Sala de inmediato.

(iv) Factores a tener en cuenta a la hora de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal

Desde la sentencia C-342 de 2017, reiterada en el fallo T-082 de 2023, la Corte Constitucional estableció que, el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 concede al juez de conocimiento la facultad de decidir sobre privación de la

libertad del acusado, y que, al anunciar el sentido del fallo y expedir sentencia escrita, la autoridad judicial debe revisar los principios de necesidad y proporcionalidad, junto con los artículos 54 y 63 del Código Penal, es decir, las circunstancias de mayor y menor punibilidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Aunque la norma en comento siempre ha utilizado con exclusividad el concepto de *necesidad*, la Corte Constitucional incorporó al análisis un juicio de proporcionalidad que, conforme todo lo hasta aquí dicho, se ofrece coincidente con la lectura integral de las normas que gobiernan la materia en estudio.

Si bien, hasta ahora se ha indicado que ese análisis se suple con el estudio de los subrogados penales y circunstancias de mayor y menor punibilidad, se muestra de mayor raigambre constitucional que el juez adicione, de cara a los fines de la restricción de la libertad que se adecúen a ese escenario procesal, un juicio de proporcionalidad (test de razonabilidad contenido en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004) en el que se evalúe la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la restricción de la libertad, lo cual complementará con un estudio inclusivo de circunstancias que le resulten beneficiosas o no al procesado, tales como el arraigo social, su comportamiento procesal, el *quantum* punitivo al cual se expone el implicado y factores propios de cada delito, tales como, el resarcimiento del daño, entre otros.

Solo después de esa evaluación se determinará si el procesado no privado de la libertad debe ser capturado inmediatamente o si, por el contrario, puede continuar en el estado de excarcelación en que viene.

Es decir, resulta de mayor perfil constitucional que, en un régimen donde la presunción de inocencia y la libertad se erigen en la regla preferente del ordenamiento, sea necesario develar un juicio que sustente la necesidad de restringir el mencionado derecho.

Por lo tanto, a manera conclusiva, habrá de establecerse que: al momento de anunciar el sentido del fallo, si el acusado es declarado culpable y no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia o, si lo halla necesario, ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento (artículo 450 de la Ley 906 de 2004). Para ello, deberá evaluar las circunstancias de mayor y menor punibilidad (artículo 54 del C.P.), considerar si procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena y mecanismos sustitutivos de la pena (artículo 63 del C.P.), además, realizar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad (artículo 295 de la Ley 906 de 2004), en el que evalúe los fines de la medida restrictiva de la libertad (artículo 296 *ejusdem*) que sean aplicables al caso y sopesa aspectos tales como el arraigo social, el comportamiento procesal de cara a la comparecencia, el *quantum* punitivo al cual se expone, la modalidad delictiva, entre otros.

v) El estudio del caso concreto

Pues bien, en el presente asunto se satisfacen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia, en la medida que:

(i) El actor pretende la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad, en el marco del ejercicio del poder punitivo del Estado.

(ii) En cuanto al requisito de la subsidiariedad, es cierto que esta Corporación en STP11682-2022, al debatirse justamente una temática similar a la actualmente planteada, indicó que, para cuestionar sobre la captura inmediata cuando no se encuentra ejecutoriado el fallo condenatorio, el implicado cuenta con la posibilidad de reclamar ese aspecto en el trámite del proceso en curso. De hecho, a partir de esa decisión, el actor en esa ocasión promovió solicitud de libertad que fue resuelta por esta Sala de Casación Penal en AP5686-2022, en tanto detentaba el proceso penal para resolver sobre la impugnación especial y allí, conoció la postulación liberatoria, y la negó de conformidad con la línea imperante para esa época.

No obstante lo anterior, en este caso se considera oportuno y necesario superar el requisito de subsidiariedad, a pesar de la alternativa que ostenta el procesado para insistir en su aspiración liberatoria en el decurso del proceso

porque, en primer lugar, dado que se encuentra en libertad, la tutela se ofrece como procedente para evitar la consumación de un perjuicio irremediable relacionado con su captura inmediata, sobre todo cuando, como se verá continuación, dada la interpretación favorable que se hace, se torna meritorio amparar sus derechos para procurar la emisión de una decisión con una motivación suficiente que permita conciliar la presunción de inocencia, la libertad y la posibilidad de restringir anticipadamente la misma.

Se aclara entonces que sí es posible deprecar la libertad al interior del proceso penal cuando se pretenda debatir la captura decretada con efectos inmediatos una vez anunciado sentido del fallo, sólo que, en este caso, se ofrece oportuno y necesario superar esa alternativa de cara a la evidente vulneración de derechos que se analizará más adelante.

(iii) Frente a la inmediatez, la determinación censurada se ubica en la audiencia de sentido de fallo celebrada el 7 de marzo de la presente anualidad y la acción de tutela se presentó el 17 del mismo mes y año, esto es, dentro de un término razonable.

(iv) La irregularidad alegada por el actor, principalmente consiste en haberse omitido el análisis de necesidad de la orden de captura es determinante, pues, se relaciona con la restricción de la libertad.

(v) La parte actora identificó tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos transgredidos.

(vi) No se trata de una tutela contra igual trámite.

Superado lo anterior se adentra la Sala al estudio de los defectos específicos, en particular, constatar si en contra del actor se perfeccionó una situación que vulneró sus derechos superiores.

En el *sub examine*, se tiene que el pasado 7 de marzo, el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia emitió sentido de fallo condenatorio en contra de **Jaime Wither Sánchez Posada**, Juan Marcelo Gaviria y Víctor Alfonso Álvarez Vergara, en calidad de coautores, por incurrir en los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación, falsedad ideológica y falsedad material en documento público, en el proceso seguido con el radicado 05001600020620115847800.

En la enunciación del sentido del fallo, el Juez dictó orden de captura en contra del actor y de las otras dos personas procesadas, de conformidad con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.

Para tomar tal determinación, el accionado limitó el análisis del presupuesto de *necesidad* que exige dicha

norma, al hecho que el implicado se encontraban en libertad y no era procede la concesión de subrogados penales.

La relación efectuada en los párrafos precedentes permite a esa Sala evidenciar que, en efecto, las razones señaladas por el Juez accionado para emitir la orden de captura inmediata en contra del tutelante se ofrecen insuficientes de cara a la *necesidad* que exige el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

A partir de las pautas expuestas con suficiencia por esta Sala acápite arriba, se verifica que el despacho demandado, al sustentar la aprehensión anticipada únicamente en la negativa de subrogados penales, no logró colmar las expectativas que el análisis reforzado ameritaba, pues, siendo la presunción de inocencia y la libertad valores torales del ordenamiento constitucional colombiano cuyos efectos se irradian en el proceso penal, debió el operador judicial justificar en mayor medida por qué el enjuiciable debía esperar las resultas de la ejecutoria del fallo y del proceso en general en condición de detenido.

Se verifica entonces un análisis incompleto e insuficiente que debe ser complementado, en la medida que la restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente deviene en arbitraria y, por tanto, violatoria de la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad.

Solo así, una vez, incluido una argumentación suficiente y razonable será constitucionalmente procedente

la afectación del derecho a la libertad del procesado, debiendo entonces el despacho, incluir el análisis hecho al momento del anuncio del sentido del fallo, en la lectura del mismo, en aplicación del principio de congruencia que se predicen de ambos actos inescindiblemente ligados entre sí.

Con lo anterior, lo que se pretende es llevar al juez a justificar de una manera más completa que la hecha hasta ahora, la necesidad de limitar anticipadamente el derecho a la libertad, al resultar a todas luces de mayor perfil constitucional una exigencia reforzada, a tono con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuando establecen que la indebida motivación a la hora de restringir el derecho a la libertad, viola el precepto según el cual *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

Para ello, fue necesario, como se vio, realizar una interpretación más acorde con la Constitución Nacional, que incluyera los criterios que se derivan de la propia legislación procesal penal, haciendo uso de las herramientas conceptuales y metodológicas que se extraen de texto legal en sentido armónico.

De ahí surgen las pautas a seguir para ese examen de raigambre constitucional, en el que, a manera de recopilación, se concluye que, a la hora de justificar la necesidad o no de disponer la captura inmediata una vez anunciado sentido del fallo, se deban evaluar entonces las

circunstancias de mayor y menor punibilidad (artículo 54 del C.P.), considerar si procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena y mecanismos sustitutivos de la pena (artículo 63 del C.P.), además, realizar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad (artículo 295 de la Ley 906 de 2004), en el que se ponderen los fines de la medida restrictiva de la libertad (artículo 296 *ejusdem*) que sean aplicables al caso y se sopesen aspectos tales como el arraigo social, el comportamiento procesal en el decurso del proceso, el *quantum* punitivo al cual se expone, la modalidad delictiva, entre otros.

En ese orden de ideas, se revocará el fallo de tutela de primera instancia, en lo alusivo a este segundo problema jurídico. Por lo tanto, se ampararán los derechos al debido proceso y a la libertad de **Jaime Wither Sánchez Posada**, en consecuencia, se ordenará que el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán -Antioquia- que, en un término de 3 días, contados a partir de la notificación de este fallo, complemente la decisión adoptada el 7 de marzo de 2023, de cara a la necesidad o no, de disponer la captura inmediata del accionante, de conformidad con las pautas aquí señaladas.

La orden de captura deberá suspenderla hasta tanto emita las razones que motiven su determinación.

En conclusión, teniendo en cuenta que, frente a los dos problemas jurídicos expuestos por el actor, el tribunal *a quo*, en la sentencia de tutela de primera instancia los resolvió a

partir de la improcedencia, se revocará parcialmente el fallo en el sentido de amparar lo relativo a la libertad y debido proceso en lo atinente a la captura inmediata y se confirmará lo relacionado con el debate sobre la aplicación del artículo 68A del C.P. por la existencia de proceso penal en curso.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el fallo de tutela de primer grado.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad de **Jaime Wither Sánchez Posada**.

TERCERO: En consecuencia, **ORDENAR** al Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán -Antioquia- que, en un término de 3 días, contados a partir de la notificación de este fallo, complemente la decisión adoptada el 7 de marzo de 2023, de cara a la necesidad o no de disponer la captura inmediata del accionante, de conformidad con las pautas aquí señaladas.

En tal sentido, el Juez accionado deberá suspender la orden de captura contra **Sánchez Posada** hasta tanto dé a conocer las razones referidas en el párrafo anterior.

CUARTO: En lo restante se mantiene incólume la decisión.

QUINTO: **Remitir** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

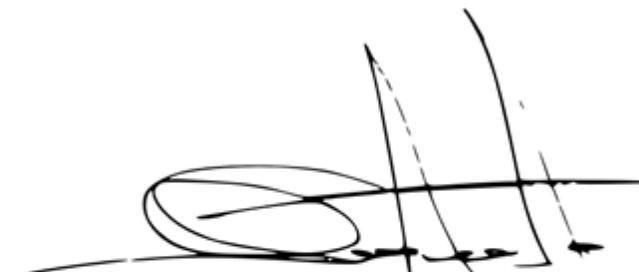


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Tutela de 2ª instancia No. 130745
CUI 05000220400020230012901
Jaime Wither Sánchez Posada



GERSON CHAVERRA CASTRO
SALVO VOTO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria