

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP10264-2018

Radicación n°. 99581

Acta 258

Bogotá D. C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por JONATAN ESTRADA ARDILA, contra el fallo proferido el 29 de mayo del presente año, por la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE FLORENCIA, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda de tutela formulada contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, el CONGRESO DE LA REPÚBLICA y los JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD de la ciudad en mención, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES

Del escrito de tutela se extrae que JONATAN ESTRADA ARDILA se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario Las Heliconias de Florencia (Caquetá), por cuenta de una condena impuesta en su contra, por un delito contra la libertad, integridad y formación sexual de una menor de edad.

Manifestó el accionante que con la expedición de la Ley 1098 de 2006 en la que en su numeral 5° del artículo 199 se dispuso la prohibición de la libertad condicional a los condenados por delitos sexuales en los que las víctimas son menores de edad, se afectó su derecho a la igualdad.

Adujo que la población carcelaria condenada por delitos de dicha naturaleza fue discriminada, pues tienen derecho a acceder al aludido subrogado, a lo que se suma que la norma en mención, resulta incompatible con la Ley 1709 de 2014 y por ende, se les debe aplicar esta última normatividad, en virtud del principio de favorabilidad.

Por esas razones, solicita al juez de tutela que proteja el derecho fundamental a la igualdad que le asiste y en consecuencia, se autorice la concesión de la libertad condicional o en su defecto que se realice un proyecto de ley que garantice el derecho en mención.

EL FALLO IMPUGNADO

El A quo negó el amparo invocado, al considerar que no se advertía vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor, pues de acuerdo con la respuesta allegada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Florencia, autoridad que vigila la condena impuesta al actor, no existía petición pendiente de resolver.

Además, no era procedente por vía de tutela ordenar que se presentara un proyecto de Ley que beneficiara a las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra menores de edad, toda vez que se puede acudir a una iniciativa popular o demandar la Ley 1098 de 2006, por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por JONATAN ESTRADA ARDILA, quien reiteró in extenso los argumentos

expuestos en la demanda inicial e indicó que la Ley 1098 de 2006, en su artículo 198 numeral 5, vulnera sus derechos fundamentales, por lo que en los casos de personas privadas de la libertad por delitos sexuales contra menores de edad, se debe aplicar la Ley 1709 de 2004 para la concesión de la libertad condicional¹.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 20152, modificado por el Decreto 1983 de 2017, la Sala es competente para resolver la impugnación instaurada por los accionantes contra el fallo proferido por la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia.

2. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula y siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial, salvo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Para la procedencia del mecanismo de amparo se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, dentro de los cuales se destaca la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacer cesar la afectación. Por tal razón, es carga del demandante acreditar, al menos de forma sumaria la vulneración que afecta los derechos que busca proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza sus garantías no es procedente la intervención del funcionario de amparo.

Así lo ha expuesto la Corte Constitucional, al indicar que:

... es indispensable un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación» (C.C.S.T-864/1999).

4. En este caso, JONATAN ESTRADA ARDILA acude a la vía de tutela al señalar que la Ley 1098 de 2006, vulnera el derecho a la igualdad de las personas privadas de la libertad por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en comparación con otros condenados.

Además, considera que para la concesión de la libertad condicional se les debe aplicar la Ley 1709 de 2014 por favorabilidad.

Sobre el particular, debe precisar la Sala que el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 de la [Constitución Política](#), ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia nacional.

En ese sentido, expuso la Corte Constitucional que tal garantía presenta varias dimensiones:

- i) una formal «que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige».
- ii) una material «en el sentido de garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos».
- iii) otra, que prohíbe toda forma de discriminación e implica «que el Estado y los

particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras» (T-030/2017).

También ha expresado el Alto Tribunal que el examen de validez de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones, se basa en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad «a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida». Tales escalas fueron explicadas como sigue:

El test de igualdad es débil: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un test intermedio de igualdad cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional.

Por último, el test estricto de igualdad: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “potencialmente discriminatorios”, como son la raza o el origen familiar,

entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.).

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo.

La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están relacionadas con materias como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que prima facie, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros en términos del ejercicio de derechos fundamentales» (C.C.S.T-030/2017).

Lo anterior resulta relevante para la resolución del caso concreto, pues la Ley 1098 de 2006 –cuya validez, en últimas, es lo que reprocha el accionante– tiene por objeto «establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado». (art. 2º), y de conformidad con el artículo 3º ejusdem, los sujetos titulares de derechos en dicha norma son:

[...] todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

En cuanto al alcance de la citada Ley 1098, el artículo 4º de ese texto legal, prevé que en el mismo:

El presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana

Es decir, el cuerpo legal con el cual el demandante no está de acuerdo porque, en su criterio, contempla un trato discriminatorio en contra de la población privada de la libertad por haber cometido delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes, es una manifestación de los derechos que le asisten a dicha población, por ser sujetos de especial protección constitucional, toda vez que:

Los niños han concentrado la atención de los Estados y de los organismos internacionales, que han consagrado en diversos instrumentos de Derecho Internacional su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, la necesidad de garantizarles un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas y ser quienes representan el futuro de los pueblos. En concordancia con las normas del Derecho Internacional Público, la [Constitución Política](#) colombiana de 1991 consagró la protección especial de los niños, al disponer en su Art. 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o

económica y trabajos riesgosos. (C-740/2008).

Y en los eventos en los que los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, la Ley 1098 de 2006, estableció en su artículo 192, que el funcionario judicial:

[...] tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley. (Negrilla fuera de texto).

Bajo ese entendido, no puede concluirse la afectación de la garantía fundamental de igualdad del accionante por vía de un presunto trato discriminatorio, pues la Ley 1098 de 2006 persigue un fin válido y legítimo, desde el punto de vista constitucional, que consiste en proteger a los niños, niñas y adolescentes.

En ese orden, como se expuso en precedencia, la acción de tutela está consagrada para resarcir la presunta vulneración de un derecho fundamental, pero no es un mecanismo apto para cuestionar la validez de las leyes de la República, para lo cual se debe acudir a la acción pública de inconstitucionalidad, contemplada en el numeral 6º del artículo 40 de la Carta³, concordante con el canon 241-4 ibídem⁴.

Entonces, acorde con lo señalado por la primera instancia, la crítica relacionada con un presunto trato discriminatorio por vía de la aplicación de la Ley 1098 de 2006 y en especial su artículo 199 que establece diversas prohibiciones para quienes realicen delitos de «homicidio o lesiones personales abajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro» contra los niños, niñas y adolescentes, debe hacerse a través de la aludida acción pública y no por cuenta de la tutela, sin que se advierta que ESTRADA ARDILA hubiese acudido a dicho mecanismo.

Con tal proceder, desconoce el accionante la condición de subsidiariedad de la tutela, que debe ceder ante los mecanismos ordinarios de defensa que tiene a disposición para la

defensa de su derecho presuntamente vulnerado.

Adicionalmente y en cuanto al argumento del actor relativo a que se debe aplicar la ley 1709 de 2014, se tiene que las prohibiciones contenidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, continúan vigentes, pues así lo ha expuesto de manera pacífica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, particularmente esta Sala de Tutelas, que en providencias CSJ STP6269 - 2015 y CSJ STP11310 - 2014 refirió lo siguiente:

Como meridianamente se puede observar, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no fue derogado tácitamente por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, pues este fenómeno jurídico sólo acontece cuando la disposición nueva no es conciliable con la anterior, lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que la exclusión de beneficios contenida en la última regla, sólo incorporó algunos delitos para los cuales no procedían la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria - dentro de los cuales enlistó aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales-, dejando incólumes aquellas disposiciones normativas que regulan el subrogado de la libertad condicional...5.

Entonces, no es que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 haya sido derogado por la Ley 1709 de 2014, sino que las dos normas coexisten, debiendo aplicarse el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 a casos en los que las víctimas son niños, niñas y adolescentes de los delitos antes mencionados.

Así las cosas, como no se advierte ninguna vulneración de las garantías fundamentales del demandante, se hace imperioso confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1°. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2°. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3°. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

2 Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho.

3 ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

4 ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la

integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decisión en la que refrendó lo expuesto en las providencias CSJ STP8375 - 2014 y CSJ STP13188 - 2014 de esta Corporación.