

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP11109-2018

Radicación N° 99852

Acta 287

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante JOSUÉ MARTÍNEZ ROMERO contra la sentencia de tutela emitida el 10 de julio de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual negó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y favorabilidad, presuntamente vulnerados por el Juzgado 7º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, dentro del asunto penal en el que se le ejecuta la pena de prisión impuesta por el delito de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, en actuación que vinculó al Juzgado 2º Penal del Circuito de Facatativá, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Cárcel Modelo de Bogotá.

ANTECEDENTES

Fueron resumidos por el Tribunal A quo así:

Refirió el accionante que en marzo de 2018 le pidió al accionado permiso administrativo de 72 horas, pero le fue negado mediante auto del 21 de marzo de 2018 porque conforme las

leyes 1098 de 2006 y 1709 de 2014 no era procedente. Que la mayoría de los jueces de penas conceden dicho permiso a otros privados de la libertad que lo han solicitado y que han cometido peores delitos contra menores de edad; que los hechos por los que fue condenado datan del 2012 y la ley en virtud del cual le niegan el beneficio es del 2014, por tanto, no puede aplicársele por favorabilidad.

Que cuando le notificaron el auto del 21 de marzo de 2018 repuso y apeló la decisión, pero le declararon desierto su recurso sin reconsiderar su petición inicial, lo cual vulneró su debido proceso e igualdad. Que no tiene otro camino que la tutela para que le sea concedido el permiso, por lo que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales para que se le ordene al juzgado accionado que le conceda su permiso de 72 horas.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento del asunto, el a quo ordenó correr traslado a las autoridades accionadas y vinculadas para que ejerciera el derecho de contradicción que le asiste, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. La titular del Juzgado 7º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, allegó copia de las providencias cuestionadas, advirtiendo que las mismas no eran arbitrarias, por el contrario, se profirieron conforme a derecho.
2. El Coordinador del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, solicitó negar el amparo en lo que a esa entidad se refiere, como quiera que no sobresale motivo alguno que permita colegir que por acción u omisión se estén conculcando derechos fundamentales del actor.
3. Las demás autoridades guardaron silencio dentro del traslado concedido para el efecto.

EL FALLO IMPUGNADO

Fue proferido el 10 de julio de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, declarando improcedente la acción de tutela, por desconocimiento del presupuesto de subsidiariedad que rige la acción constitucional, ya que el actor no agotó los medios de defensa judicial con los que contaba al interior del proceso para el reclamo de sus derechos, pues tuvo la oportunidad de reponer y apelar la decisión a través de la cual se le negó el beneficio administrativo de hasta 72 horas y no lo hizo.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo, el accionante manifestó su voluntad de impugnarlo, insistiendo en que es merecedor del beneficio administrativo al cumplir con los requisitos previstos en el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 que modificó el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. numeral 3º del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia el 10 de julio de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al ser su superior funcional, en actuación que vincula al Juzgado 7º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad capital.

2. Suficiente ha sido la divulgación frente al artículo 86 de la [Constitución Política](#), en cuanto establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter

irremediable.

3. Adicionalmente, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: genéricos y específicos (Cf. Corte Constitucional T-225 de 2010), esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, en contravía de su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de derechos fundamentales.

Así que si no existen motivos que impidan promover la acción ésta procederá contra las decisiones judiciales en la medida que carezcan de fundamento objetivo y configuren una vía de hecho, por lo cual, son improcedentes aquellas demandas en que las consideraciones personales o subjetivas del accionante se anteponen a las argumentaciones del funcionario que las profiere, toda vez que esa circunstancia por sí misma no es razón suficiente para predicar la existencia de una arbitrariedad.

4. En punto de la censura propuesta por el demandante, resulta improcedente el reclamo constitucional por cuanto a través del mismo pretende controvertir una decisión judicial razonable, con la finalidad de enervar sus efectos e imponer determinaciones al juez natural a través de la indebida intervención del funcionario constitucional, en este caso, reprocha la decisión adoptada por el juzgado que vigila la pena, por medio de la cual no accedió a su pedimento de concederle el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas.

En este caso, se debe destacar que el accionante tuvo la oportunidad de recurrir la decisión censurada mediante los recursos ordinarios procedentes (reposición y apelación), y sin embargo, no lo hizo, dejando pasar la oportunidad procesal propicia para censurar el auto que le negó el permiso administrativo solicitado, pretendiendo ahora, por esta senda subsidiaria y residual la intromisión constitucional en asuntos del exclusivo resorte del juez natural.

Situación de la cual tenía conocimiento el procesado, pues en la providencia atacada y que le fue notificada personalmente en el centro de reclusión donde se encuentra detenido, se le indicó claramente que contra ella «proceden los recursos de ley» (Folio 22 cuaderno Tribunal), es más, era tal su conocimiento sobre el particular que los interpuso; cosa diferente es que no los sustentó, motivo por el que se declararon desiertos¹.

Aspecto que por cierto en manera alguna conlleva la transgresión del debido proceso, pues los artículos 189 y 194 de la Ley 600 de 2000, claramente señalan que los recursos deben ser sustentados en el traslado concedido para el efecto, lo cual en el presente caso no se dio.

Es más, contra la decisión que declaró desierto los recursos interpuestos por falta de sustentación, procedía el recurso de reposición, no obstante, tampoco se hizo uso de dicho medio de impugnación.

De ahí que no se derive el agotamiento de los medios de defensa judiciales idóneos como presupuesto indispensable para la procedencia de la acción de tutela, dado su carácter residual y subsidiario, como insistentemente lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional:

Recientemente, en la Sentencia C-590/05 se señaló como uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales “b. 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 irremediable². De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De 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.

Esta regla también se aplica cuando lo que se cuestiona es una providencia judicial de tipo penal. Así las cosas, se exige el agotamiento de las instancias y recursos extraordinarios dentro del proceso penal para la procedencia de la tutela. Lo anterior, puesto que la Corte ha encontrado, prima facie, que tales mecanismos son idóneos para la garantía del debido proceso.³(Subrayas y negrillas fuera del original).

Acreditada, entonces, la posibilidad que tuvo a su alcance el sentenciado accionante para poner de presente sus desavenencias a través de los citados recursos y ante la incuria cometida al respecto, el juez de tutela no puede adentrarse en el análisis de fondo del problema jurídico planteado en la demanda, en tanto para que ello sea posible constituye requisito sine qua non que la misma cumpla las precitadas condiciones de procedibilidad, pues:

[c]uando la acción de tutela se instaura contra una decisión judicial, lo primero que se verifica es su procedencia, ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial o aunque el mecanismo exista, la acción se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.⁴-Negrillas fuera del original-

En coherencia con lo expuesto, para esta Sala, como de manera tan insistente lo ha venido sosteniendo, permitir que sin el agotamiento de los recursos ordinarios o extraordinario se acuda directamente a la presente acción constitucional, sería aceptar que este mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales pierda tal carácter y se convierta en general y paralelo a los mismos, lo que se opone expresamente a lo dispuesto por la [Constitución Política](#), cuando indica en su artículo 86:

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa

judicial” y lo reafirma el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales.

Así las cosas, la omisión en que incurrió el actor en la actuación censurada independientemente de las razones por las cuales no sustentó los recursos, no puede ser suplida por vía de la acción de tutela que, como tantas veces se ha dicho, no puede utilizarse para desatenciones o descuidos en el ejercicio de los medios previstos por el ordenamiento jurídico regular para la protección de los derechos de las partes en los procesos.

Lo anterior implica que el accionante, voluntariamente, renunció a cuestionar por esa vía los posibles vicios de actividad o de juicio que ahora sustentan el presente amparo que no está previsto como medio de defensa alternativo.

Luego, entonces, a juicio de la Sala, el silencio que guardó el accionante, es utilizado ahora para que, estando en firme el auto que negó la solicitud del permiso administrativo de hasta 72 horas, con el ejercicio de esta acción se revivan términos ya fenecidos, o para crear una instancia adicional en su proceso, lo cual torna improcedente esta tutela, ya que, se insiste, previamente se deben agotar los recursos que el mismo procedimiento penal consagra.

5. Por otra parte, precisa la Sala que las discrepancias interpretativas no son violatorias, per se, de los derechos fundamentales, y entonces la acción de tutela no procede para impugnar providencias judiciales cuando el supuesto afectado simplemente no coincide con la posición judicial porque las vías de hecho son defectos graves en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que comprometen el debido proceso y la integridad del ordenamiento jurídico, categoría en la que no encajan las divergencias hermenéuticas.

6. A lo anterior se suma que, frente a las prohibiciones establecidas en la Ley 1098 de 2006 y la vigencia de la Ley 1709 de 2014, considerada por el juez fallador para negar el beneficio solicitado, la jurisprudencia de la Sala de Casación penal (C.S.J. STP 25 jun. 2014, rad.

73914), ha precisado que:

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 anterior⁵, 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, más aún cuando aquellas se encuentran revestidas de tal especificidad como lo es el caso de los delitos en los que la víctima sea un menor de edad.

En consecuencia, lo que en últimas hizo el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 fue establecer que la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal no se encuentra vedada para aquellos que hubieran sido condenados por los punibles relacionados en el párrafo 1º ibídem, dentro de los cuales no se incluyeron aquellos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima sea un menor de edad, de manera que, resulta apenas obvio, cuando se trate de este tipo de infracciones, la prohibición continúa vigente.

Ahora bien, si se analiza con detalle la redacción de la norma cuya aplicación pretende el demandante, se advierte que en la misma se autoriza la concesión del subrogado de la libertad condicional para aquellos que hubieran sido condenados por un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, sin que allí se determine un sujeto pasivo en particular como sí ocurre con el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en el que claramente se especifica que no procede el subrogado pretendido cuando la conducta sea cometida en un menor de edad.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis ni siquiera habría lugar a aplicar «las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes» contenidas en la Ley 153 de 1887, pues para que tal disposición normativa cobre vigencia, se debe partir de la premisa de la existencia de una «incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecer el tránsito legal del derecho antiguo a derecho nuevo (...)» y como bien se puede observar, los artículos 199 de la Ley 1098 de 2006 y 32 de la Ley 1709 de 2014 son válida y jurídicamente conciliables en tanto que, se reitera, el uno establece una circunstancia específica que configura la prohibición para acceder a la libertad condicional -que la conducta por la cual se condenó se hubiere cometido en un menor de edad- y el otro, por el contrario, establece un presupuesto de hecho de carácter general que se contrae a que se trate de un punible contra la libertad, integridad y formación sexual cometido sobre una persona que no sea menor de edad.

Las anteriores circunstancias, alejan la decisiones objeto de reproche de ser catalogadas de arbitrarias o caprichosas que atenten contra los derechos fundamentales invocados por el demandante, máxime cuando demostrado está que los demandados cumplieron con la labor interpretativa que les es propia y valoraron el material probatorio bajo los postulados de la sana crítica, la cual no puede ser sustituida por el juez de tutela con la excusa de tener nueva o mejor concepción sobre el asunto puesto a su consideración.

7. En consecuencia, verificado que la decisión proferida por el Juzgado 7º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá no sólo contiene argumentos jurídicos razonables, sino que respetan los lineamientos jurisprudenciales de esta Corporación en relación con el tema propuesto, mal puede concluirse que resulten arbitrarias o caprichosas.

8. Por ello, nada más alejada de la realidad la pretensión del accionante, al invocar la presunta vulneración de derechos fundamentales y aspirar con ello a imponer sus razones frente a la interpretación normativa efectuada, pues resulta claro que conforme con el principio de legalidad se adoptó la determinación que resulta adecuada al marco normativo

aplicable.

9. Ahora, en relación con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad, lo aportado al expediente constitucional no acredita que el accionante haya sido discriminado por la autoridad demandada, en relación con otras personas, pues no estableció un parámetro objetivo, razonable, determinado y específico que permita hacer una comparación y ponderación de la cual se infiera una aplicación normativa discriminatoria en su caso particular, ya que la simple discrepancia con las decisiones judiciales no lesiona sus derechos fundamentales, máxime cuando ni siquiera trae a colación las supuestas providencias a través de las cuales a otros procesados se les ha concedido el mencionado beneficio.

No obstante, precísese al actor que cada asunto de competencia del juez natural debe ser valorado de manera individual, amparado en los principios de autonomía e independencia judicial, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política, en tanto sus efectos son exclusivamente inter partes, por tanto, el hecho que otros Tribunales hayan señalado que la normatividad aludida por el funcionario accionado para negar el beneficio administrativo perdió vigencia, no significa que por tal razón se esté desconociendo el principio de igualdad o debido proceso máxime cuando, el principio de autonomía judicial faculta al operador judicial a efectuar razonamientos diferentes a los realizados por otros funcionarios, siempre y cuando no se contraría la Constitución y la Ley.

10. Finalmente no sobra precisar, que mientras el proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela⁶, máxime cuando la decisión cuestionada no causa ejecutoria material y puede solicitarse nuevamente al interior de dicho diligenciamiento.

11. Acorde con lo anterior, la decisión que se impone adoptar es la confirmación del fallo

impugnado.

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

RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado, de conformidad con la motivación que antecede.
2. Notificar a las partes según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Enviar las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1Auto del 23 de mayo de 2018. Fl. 25 C.O. 1.

2 Sentencia T-504/00.

3 Sentencia T-212 de 2006.

4 Fallo T-942 de 2006, Corte Constitucional. Se dijo además en esta providencia:

“Resta señalar que llama la atención a la Sala el hecho que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, a pesar que solicitó se le informa sobre si se había interpuesto el recurso de casación y que la secretaria de la misma Sala hubiera informado en sentido negativo, luego de reconocer que la acción de tutela es procedente contra decisiones judiciales, en el presente caso hubiera hecho un estudio de fondo del problema planteado, cuando lo adecuado era, como lo hará esta Sala de la Corte Constitucional, denegar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Pedro Pablo Arévalo Prieto, por existir otro mecanismo judicial de defensa idóneo para proteger los mencionados derechos.”

5 Código Civil. Artículo 71. “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

“Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

“Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

“La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

6 Cfr. Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.