

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP1908-2018

Radicación n.º 96565

(Aprobación Acta No. 47)

Bogotá. D.C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

La Sala decide la impugnación interpuesta por JHON REINALDO MARTÍNEZ CARTAGENA, contra el fallo proferido el 18 de diciembre de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados, presuntamente vulnerados por el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados en el fallo constitucional de primera instancia:

Del libelo y prueba aportadas se extrae que el señor JHON REINALDO MARTÍNEZ CARTAGENA, quien se encuentra privado de la libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá -COMEB La Picota-, fue condenado por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento el 6 de febrero de 2012, a la pena principal de 120 meses de prisión por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años.

El prenombrado ciudadano fue privado de la libertad el 22 de enero de 2013 y desde esa fecha ha descontado pena por trabajo y estudio en los centros penitenciarios donde ha estado detenido; motivo por el cual lleva 58 meses y 5 días físicos y 21 meses por redención.

Dado lo anterior, le solicitó al Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta Capital el reconocimiento de la libertad condicional, la cual fue negada mediante auto del 26 de octubre de 2017 por expresa prohibición legal para el otorgamiento de beneficios en delitos sexuales, cuya víctima es menor de edad; además, con auto del 14 de noviembre dispuso estarse a lo resuelto en anterior proveído.

Situación que a juicio de la parte actora, le afecta los derechos fundamentales al debido proceso, la libertad y la dignidad humana, puesto que se incurrió en una vía de hecho, toda vez que se desconoció el precedente jurisprudencial.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales y pretende que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 26 de octubre de 2017 y se ordene al Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá que profiera una nueva decisión mediante la que se le garantice la libertad condicional.<sup>1</sup>

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo deprecado, por cuanto no se satisface el requisito de subsidiaridad, en la medida que el actor no interpuso el recurso de apelación contra la providencia que el subrogado.<sup>2</sup>

## LA IMPUGNACIÓN

El accionante no estuvo de acuerdo con la anterior decisión porque, en su criterio, cumple con los requisitos previstos en el artículo 64 del Código Penal para que se le otorgue la libertad condicional.

Aseguró que en la providencia cuestionada «no se estudiaron ni analizaron si en el sub lite concurrían los requisitos exigidos en la normatividad penal para conceder el derecho..., por lo que al no haber pronunciamiento sobre el particular el suscrito penado no podía activar los recursos de reposición o de apelación en contra de esa determinación, más aún cuando no se resolvía de fondo y lacónicamente se había indicado que por expresa prohibición legal, no era viable la concesión de beneficio alguno».3

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional4.

La acción de tutela contra providencias judiciales, exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- 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 irremediable.
- c. 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.

- d. 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 atañe a los derechos fundamentales del accionante.
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.<sup>5</sup>
- f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido de que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «... si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta». -C-590 de 2005-.

2. El beneficio de la libertad condicional ha sufrido distintas modificaciones en los últimos años. La Ley 599 de 2000, en su artículo 64 indicaba:

El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años<sup>6</sup>, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena. (Resalta la Sala)

Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación distinguió tres requisitos claves para la concesión del beneficio:

La figura liberatoria mencionada se halla consagrada en el artículo 64 del Código Penal, norma que para su viabilidad exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Que la pena impuesta sea privativa de la libertad, sin referencia a quantum; 2) Que el condenado haya cumplido las 3/5 partes de ella; y 3) Que su buena conducta en el sitio de reclusión permita colegir al funcionario judicial que es innecesario seguir ejecutando la pena. En todo caso, no puede negarse el subrogado penal con base en antecedentes y circunstancias ya ponderadas en el momento de la dosificación punitiva.

(...) En cuanto atañe al tercer elemento, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, junto con la solicitud de libertad condicional se debe allegar la resolución favorable del Consejo de Disciplina o en su defecto del director del establecimiento carcelario, donde se evalúe el comportamiento en el sitio de reclusión, documento que en efecto se anexa a la petición y que califica la conducta (...) como buena.

Debe advertirse, que la anterior acreditación no es suficiente para valorar si se concede o no el subrogado penal pedido, pues menester es que se coteje el comportamiento del condenado en el lugar de privación de la libertad con la necesidad de continuar o no con la ejecución efectiva de la pena, y a partir de ello se sustenten los motivos para acceder o negar la libertad demandada.<sup>7</sup> (Resalta la Sala)

Esta comprensión cambió con la expedición de la Ley 890 de 2004 y la sentencia C-194 de 2005. La normativa en mención, en lo que respecta al requisito subjetivo, agregó la expresión «previa valoración de la gravedad de la conducta punible» y suprimió la prohibición de negar el beneficio con base en las circunstancias y antecedentes tenidos en

cuenta para la dosificación de la pena.

Norma que fue revisada en sede de control de constitucionalidad, y declarada exequible en la sentencia C-194 de 2005, por las siguientes razones:

i) "... cuando la norma acusada dice que la libertad condicional podrá concederse previa valoración de la gravedad de la conducta, no significa que el Juez de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad quede autorizado para valorar la gravedad de la conducta. Lo que la norma indica es que dicho funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento, como criterio para conceder el subrogado penal." (Resalta la Sala)

ii) "... el juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado -resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuales son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión." (Resalta la Sala)

iii) "... la pretendida triple coincidencia de elementos, que configurarían una agresión al principio del non bis in ídem, se rompe como consecuencia de la ausencia de los dos últimos, pues la segunda valoración no se hace con fundamento en el mismo juicio ni sobre la base de los mismos hechos."

Debido a la acusación de vulnerar el principio de non bis in ídem, cargo que formuló el entonces demandante contra la expresión «previa valoración de la gravedad de la

conducta», esa Corporación concluyó lo siguiente:

(...) la Corte Constitucional declarará exequible la expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta punible”, contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, pero para garantizar su correcta aplicación, la condicionará a que se entienda que la valoración que hace el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria, por parte del juez de la causa. (Resalta la Sala)

Adicional a lo anterior, es forzoso comprender el artículo 64 en consonancia con los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006, en los que se indica, en forma expresa y concreta, los casos en los que no hay lugar a beneficios y subrogados penales.

Esta última situación permite hablar de dos reglas instituidas por el Legislador, la primera, contenida en el artículo 64, «regla general», que permite al condenado, con el cumplimiento de ciertos requisitos, acceder a la libertad condicional y la segunda, presente en la restante normatividad citada, o «regla de excepciones», en virtud de la cual se excluyó, en casos concretos, el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad<sup>8</sup>.

Tenemos entonces que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder el subrogado penal de la libertad condicional debe, en primer lugar, revisar si la conducta fue considerada como especialmente grave por el Legislador en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la 1098 de 2006. Si aplicado ese filtro de gravedad, resulta jurídicamente posible conceder el subrogado, «... el juez debe verificar, tanto el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos por la norma (haberse cumplido las dos terceras partes de la pena y haberse pagado la multa, más la reparación a la víctima), como el cumplimiento de los requisitos subjetivos que se derivan de la valoración de las condiciones particulares del condenado»<sup>9</sup>.

Ese criterio jurisprudencial ha orientado las decisiones de los jueces de ejecución de penas - incluida esta Corporación<sup>10</sup>- y la revisión constitucional de los jueces de tutela<sup>11</sup>. En resumen, la jurisprudencia ha aceptado como razonable y ajustado al ordenamiento jurídico, que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad apliquen, en primer lugar, la regla de excepciones, por mandato explícito del legislador, y luego de ese primer filtro, procedan a analizar la aplicación de la regla general. En este segundo momento del análisis los jueces deben tener en cuenta la gravedad de la conducta, tal y como fue valorada en la sentencia condenatoria. No hay vulneración alguna en que ese elemento subjetivo se convierta en el aspecto central o motivo principal para negar la solicitud, ello tampoco constituye una vulneración del principio de non bis in ídem.

La modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, esto es, la supresión de la expresión «gravedad» del texto normativo, no resta vigencia a la orientación jurisprudencial anteriormente reseñada.

Esa afirmación encuentra sustento en la Sentencia C- 757 de 15 de octubre de 2014, en la cual la Corte Constitucional señaló que el primer inciso del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, luego de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, es exequible a la luz de los principios del non bis in ídem, juez natural (C.P. art. 29) y de la separación de poderes (C.P. art. 113). Además, tampoco desconoce la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno.

Sin embargo, dado que el texto resultante podría implicar la vulneración del principio de legalidad, debido a que el legislador asignó a los jueces de ejecución de penas el deber de decidir sobre la libertad condicional con base en la conducta punible, pero sin dar «los parámetros para ello», tal como aduce el accionante, esa Corporación condicionó la interpretación de dicha disposición en concordancia con lo ordenado en la sentencia C-194 de 2005, es decir, para conceder o negar el subrogado referido se debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la

sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al condenado.

En conclusión, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad analizará los requisitos para la procedencia de la libertad condicional, previa valoración de la conducta punible, esa facultad no excluye la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el condenado, tal y como quedó registrado en el fallo condenatorio.

#### Análisis del caso concreto

1. La impugnación se centra en un punto específico: la inconformidad del actor con la decisión que le negó la libertad condicional.
2. Revisado el plenario se evidencia que el accionante formuló una solicitud de libertad condicional, la cual fue negada por el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante providencia del 26 de octubre de 2017, con base en los siguientes argumentos:

Con fundamento en lo expuesto, emerge diáfano que en delitos como el desplegado en esta oportunidad por el sentenciado JHON REINALDO MARTINEZ CARTAGENA, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 5o del citado canon, no resulta procedente otorgar el subrogado penal de la libertad condicional, pues, se reitera, además de que la víctima era un niño para la ocurrencia de los hechos, el reato cometido sobre el mismo se encuentra expresamente enlistado en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, normativa que resulta aplicable al asunto que concita la atención del Despacho al haber tenido ocurrencia algunas de las conductas delictivas sancionadas, con posterioridad a la entrada en vigencia del referido artículo 199 ejusdem.

(...)

Así las cosas, es claro que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 se erige en una normativa

específicamente garantista y proteccionista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, irradiando uno de sus efectos en el drástico tratamiento hacia quienes sin miramiento alguno, despliegan ciertas conductas delictivas contra este sector vulnerable de la población, resultando claro, que aun cuando la Ley 1709 del 2014 en su artículo 30 no contemple prohibición alguna para la concesión de la libertad condicional en delitos como el desplegado por el condenado, así como en el artículo 107 del mismo plexo normativo se establezca que “La presente ley rige desde el momento de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias. “, no es menos cierto que de ninguna manera puede dejarse de lado la existencia de un precepto de carácter especial como es el artículo 199 del Código de la Infancia que establece lo contrario y el cual está llamado a aplicarse en estos eventos dada la materia que regula.

Bajo tales presupuestos se evidencia entonces, que en las presentes diligencias resulta procedente dar aplicación al mencionado canon, lo que de suyo permite colegir la improcedencia del subrogado de la libertad condicional a favor de JOHN REINALDO MARTINESZ CARTAGENA, habida cuenta el injusto por el que fue condenado, integrar el catálogo de conductas consignadas en el artículo 199 ejusdem el cual se encuentra excluido de otorgar el subrogado penal de la libertad condicional de que trata el artículo 64 del Código Penal, reiterándose, tal como se expuso en líneas precedentes, la imposibilidad de dar aplicación a los artículos 30 y 107 de la Ley 1709 de 2014, habida cuenta el Código de la Infancia y la Adolescencia ser una norma de carácter especial que regula directamente lo concerniente a las prohibiciones que en materia de delitos contra menores se trate.

Finalmente no sobra mencionar, que en el caso concreto, el análisis de la valoración de la gravedad de la conducta punible, no permite hacer un juicio positivo para conceder el sustituto solicitado, pues tenemos que el delito por el cual está privado de la libertad el aquí sentenciado se trata acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años en el lapso comprendido entre los años 2002 a 2007.

Conducta que preocupa a la sociedad y al Estado, pues con ella se vulneran derechos fundamentales de los niños; niñas y adolescentes, quienes por mandato constitucional merecen la mayor protección, en consecuencia es de aquellos punibles que merecen el mayor reproche social.

Dicho proceder no puede catalogarse como leve o de poca significación, todo lo contrario se trata de un hecho muy grave, pues se atentó contra el libertad, integridad y formación sexual de una niña, quien se vio privada de una de las dimensiones más significativas de su personalidad.

Así las cosas, en atención a la gravedad de la conducta el sentenciado se hace merecedor a la mayor severidad, razón por la cual deberá cumplir la totalidad de la pena en el establecimiento de reclusión.

(...)

3. De la anterior reseña se extrae que la acción de tutela no es procedente, por cuanto el actor no agotó el recurso de apelación contra la decisión, mediante la cual, el juez ejecutor negó el pretendido subrogado, pese a que era el mecanismo que permitía subsanar los posibles errores en que se habría incurrido en la referida providencia.

Debe recordarse que la acción de tutela contra decisiones judiciales se condiciona al despliegue diligente y leal de los derechos y deberes de las partes en un proceso. No se trata de un mecanismo para suplir la inactividad por negligencia o incuria de los sujetos procesales, la cual tiene efectos claros en materia de intereses legítimos de terceros que el ordenamiento jurídico no puede simplemente desatender.<sup>12</sup>

Por ende, no es posible revivir oportunidades jurídicas ya precluidas, de las que el demandante no hizo uso por su propio descuido, conducta que configura una de las hipótesis jurisprudenciales en las que la acción de tutela se torna improcedente, esto es, la omisión

en la interposición del recurso de alzada, sin que ello pueda excusarse en la supuesta falta de motivación del auto censurado, pues como pasará a explicarse, el a quo indicó razones por las que no era posible conceder el beneficio solicitado, esto es, dada la prohibición expresa que al respecto existe en el ordenamiento jurídico y la gravedad de la conducta, fundamentación suficiente para ser controvertida ante el ad quem.

4. Ahora bien, ninguno de los reproches hechos por el actor a la negativa de otorgar la libertad condicional, constituye un yerro susceptible de amparo por vía constitucional, pues en los estrictos términos exigidos por la jurisprudencia para el caso de acciones de tutela contra decisiones judiciales, se observa que no se configura ningún defecto violatorio del debido proceso y no hay duda que las aducidas irregularidades son en realidad censuras a la valoración hecha por el funcionario judicial.

No se advierte irracional o caprichosa la determinación del Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, pues se basa en una adecuada interpretación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, el cual impone al funcionario veedor de la sanción el deber de verificar la procedencia del subrogado, en primera medida, de cara al régimen de excepciones allí dispuesto, resultando de ese análisis que en el caso concreto se configura la limitante normativa.

Tampoco es posible que el accionante pretenda derivar la vulneración de sus prerrogativas, de decisiones adoptadas en el marco de otros supuestos fácticos, verbigracia, la sentencia T-718 de 2015, en la que la Corte Constitucional se ocupó de resolver un problema jurídico distinto al que ahora es objeto de debate.

En esa oportunidad, se cuestionaba si una persona condenada por delitos sexuales contra menores de 14 años de edad tiene derecho a la redención de pena, tópico evidentemente distinto al que en este momento concita la atención de la Sala, pues el amparo deprecado guarda relación con la negativa de otorgar la libertad condicional al actor, ante la prohibición

prevista en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En tal sentido, no son equiparables las condiciones referidas, por consiguiente, tampoco es posible demandar el amparo de derechos fundamentales como la igualdad; toda vez que no se está frente a similares situaciones de hecho.

5. No puede soslayarse que el despacho demandado tampoco accedió a otorgar el subrogado deprecado, dada la gravedad de la conducta, sin que ello constituya vulneración a los derechos fundamentales del libelista, pues tal determinación se basa en los elementos contenidos en la sentencia de condena y que conforme la jurisprudencia, constituye un factor que debe ser valorado a la hora de establecerse la factibilidad de conceder dicho beneficio.

Así las cosas, al no evidenciarse que la interpretación efectuada por la autoridad judicial demandada sea constitutiva de causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, resulta imperioso que la Sala confirme el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º CONFIRMAR el fallo impugnado.

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

3º 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 Fls.39 y 40

2 Fls.39 – 46

3 Fls.49-61

4 Sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006

5 Ibídem

6 Declarado inexecutable por la Corte Constitucional

7 CSJ, AP, 24 de octubre de 2002, Rad.8099

8 Cfr. CSJ, STP, 20 de marzo de 2012, Rad. 58927

9 Cfr. Sentencia C-194 de 2005.

10 CSJ, AP, 6 junio de 2003, Rad. 17703; 13 noviembre de 2003, Rad. 15100; 8 de septiembre de 2004, Rad. 21545; 1 de abril de 2009, Rad. 31383 y 12 octubre de 2011, Rad. 37656.

11 Cfr. CSJ, STP, 28 de enero de 2013, Rad. 64663; 27 de febrero de 2013, Rad. 65313; 5 de marzo de 2013, Rad. 65192; 12 de marzo de 2013, Rad. 65685; 20 de marzo de 2013, Rad. 65646; 3 de abril de 2013, Rad. 66074; 25 de abril de 2013, Rad. 66241; 7 de mayo de 2013, Rad. 66604; 9 de mayo de 2013, Rad. 66588; 16 de septiembre de 2014, Rad. 75316

12 Sentencia T-108 de 2010