

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP3745-2019

Radicación n° 103398

Acta 73.

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por Rogelio Ortiz Bello, contra el fallo proferido el 8 de febrero del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que negó la acción de tutela interpuesta en protección de los derechos fundamentales a la libertad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca¹, de la forma como sigue:

En la demanda aduce el abogado José Gabriel Chávez Posada, apoderado del accionante ROGELIO ORTIZ BELLO, que este último por sentencia del 18 de noviembre de 2001, fue sentenciado a pena de prisión de 48 meses; proveído que quedó ejecutoriado el 28 de

agosto de 2013.

Agrega que a su representado se le concedió la prisión domiciliaria, a partir del 19 de noviembre de 2013; para lo cual constituyó póliza de garantía que para ese caso exige la ley. Sin embargo, nunca fue puesto a disposición de la autoridad carcelaria, como puede inferirse del oficio 259 del 19 de febrero de 2016.

En el año 2016, su procurado fue citado al Juzgado para escucharlo en descargos, por información que allí se recibiera sobre el presunto incumplimiento a sus deberes. Sin embargo, mediante auto del 31 de marzo de 2016, se dispuso no revocarle el beneficio otorgado y se le conminó a regresar a su domicilio en donde estaba cumpliendo la pena.

Explica que posteriormente, a través de auto de fecha 14 de junio de 2016, se le revocó el sustituto de la prisión domiciliaria a ROGELIO ORTIZ BELLO, notificándole a este y al INPEC de esa determinación; pero nunca fue puesto a disposición de esa autoridad carcelaria; lo que no impidió que su representado continuara cumpliendo con la prisión domiciliaria.

Afirma que el accionante había cumplido hasta la fecha de la interposición de la acción, 62,3 meses de prisión. Y en gracia de discusión, desde la fecha de la concesión de ese sustituto, hasta el 13 de junio de 2016, habían transcurrido 936 días, que corresponden a 2.56 años, es decir a 30, 70 meses, tiempo que supera la mitad de la condena impuesta y más de las 3/5 partes de la misma.

Expone que son muchos los errores procedimentales en que ha incurrido el Juzgado accionado, como el de no poner a su representado a disposición de la autoridad carcelaria respectiva, como lo dispone el Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 29 A. Lo cual ha significado que incurra en un vía de hecho al aducir que aquel no ha cumplido la pena impuesta; o al menos la 1/2 de ella o las 3/5 partes.

Arguye que en oficio No. 0967 del 17 de mayo de 2016, el Juzgado accionado consignó que

su poderdante “viene gozando de la detención domiciliaria en la carrera 16 No. 4 A 28 Apartamento 304, barrio Algorra II, de esta municipalidad”. Por ello aquel solicitó ante el Juzgado Primero Municipal de esa ciudad amparo de hábeas corpus, pero fue negado, prolongando de manera ilícita la libertad del demandante.

Finalmente argumentó que basta con realizar un simple ejercicio matemático para concluir que desde la ejecutoria de la sentencia impuesta a ROGELIO ORTIZ BELLO, hasta el momento en que se produjo la decisión arbitraria e injusta, la pena impuesta fue cumplida de manera efectiva.

III. PRETENSIONES

La parte actora solicitó se ordene al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá [...] proceda a evaluar su situación jurídica por la cual ha sido ilegalmente detenido y consecuentemente se le restablezca el derecho a su libertad personal»².

IV. INTERVENCIONES

Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá

El titular informó que el despacho a su cargo vigila el cumplimiento de la pena de 48 meses de prisión que el «Juzgado Penal del Circuito Adjunto al Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca)»³ impuso a Rogelio Ortiz Bello, como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con abuso de confianza calificado.

Enlistó las decisiones que en esa sede se han emitido, entre las que resalta, la providencia del 16 de noviembre de 2016, mediante la cual, se revocó la prisión domiciliaria concedida al accionante. Ello para precisar que su actual privación de la libertad deviene de esa determinación.

Resaltó que, de acuerdo con lo señalado en el proveído del 18 de diciembre de 2018 –contra el cual se dirige la acción–, por cuenta del asunto a su cargo, el citado ciudadano ha estado detenido en dos oportunidades: «i) Desde el 10 de marzo de 2014 hasta el 17 de agosto de 2015. ii) Desde el día 30 de noviembre de 2018 hasta la fecha»⁴; tiempos que sumados arrojan un total de 19 meses y 7 días de privación física.

Luego, no era viable acceder a las peticiones de pena cumplida, ni tampoco a las de libertad condicional y prisión domiciliaria (artículo 38G5 Código Penal) elevadas por Rogelio Ortiz Bello, estas dos últimas, por no verificar el requisito objetivo exigido para ello, esto es, haber cumplido las 3/5 partes y la mitad (1/2) de la pena, respectivamente.

Sobre esa base, concluyó que la actual permanencia del actor en establecimiento de reclusión proviene de una orden judicial vigente emitida por ese despacho; así como que, no existe una prolongación ilícita de la libertad.

V. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca negó el amparo con fundamento en que el actor «aún no ha cumplido la pena de 48 meses de prisión que le fuera impuesta; tampoco la mitad de ésta, como para acceder a la prisión domiciliaria; y por ende, mucho menos las 3/5 partes de ella, para hacerse acreedor a la libertad condicional»⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, refirió que el demandante tuvo la posibilidad de controvertir la providencia del 18 de diciembre de 2018, a través de los recursos ordinarios; sin embargo, sólo interpuso el de reposición, pero no acudió al de apelación, con lo que desechó el escenario ordinario para debatirla.

VI. DE LA IMPUGNACIÓN

En el acto de notificación, Rogelio Ortiz Bello plasmó lo siguiente: «impugno la presente

decisión y apelo ante la Honorable Corte Constitucional dentro de los términos legales y dentro de los mismos sustentaré dicha alzada».7

No obstante, no obra en el expediente de tutela escrito donde se sustente la impugnación.

VII. CONSIDERACIONES

1. 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 Cundinamarca, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. Cuestión previa

Es importante aclarar a Rogelio Ortiz Bello que de conformidad con el canon 32 del Decreto 2591 de 1991, la impugnación contra el fallo de tutela de primera instancia expedido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, debe ser resuelta por el «superior jerárquico correspondiente», que en este caso, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley 270 de 1996 «Estatutaria de la Administración de Justicia», corresponde a la Sala de Casación Penal.

Ello para indicarle que, no es posible que la oposición que presentó contra la sentencia de primer grado sea desatada por la Corte Constitucional.

Sin embargo, cabe resaltarle que, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, expedido el fallo de segunda instancia –que concita el presente pronunciamiento-, el expediente de tutela será remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Del caso en concreto

La jurisprudencia constitucional y de esta Corporación (CSJ STP 2365, 20 feb. 2018, rad.

96964; CSJ STP 4509, 5 abr. 2018, rad. 97745, entre otros) ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias – administrativas o jurisdiccionales – y sólo ante la ausencia de dichos senderos o cuando las mismas no son idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo.

A su vez, el carácter residual de la tutela impone al interesado desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías constitucionales.

Tal imperativo pone de relieve que, para acudir a esta institución, el peticionario debe haber obrado con diligencia en los referidos procedimientos y procesos, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los litigios legales deviene en la improcedencia del instrumento establecido en el artículo 86 Superior.

Es decir, si existiendo el medio judicial de defensa, el suplicante deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente impetrar la acción de tutela en procura de lograr la guarda de un derecho elemental (CC T-480-2011).

En el presente asunto, el actor desconoció el mencionado requisito de procedibilidad, pues, contra la decisión del 18 de diciembre de 2018 –objeto de la acción de tutela–, mediante la cual, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá negó: i) declarar la pena cumplida, ii) la libertad condicional y iii) la prisión domiciliaria, procedían los recursos ordinarios, esto es, reposición y apelación.

Sin embargo, acudió únicamente al horizontal, con lo que impidió que el superior jerárquico, en este caso, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, conociera el asunto, a través de la alzada.

Similar situación aconteció en relación con la acción de hábeas corpus que, previo a la instauración de la presente tutela el demandante promovió contra la providencia del 18 de diciembre de 2018, pues pese a que contra el fallo que lo resolvió, expedido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Zipaquirá⁹ procedía la apelación, tampoco acudió a éste.

Sin perjuicio de lo anterior, no se advierte ninguna irregularidad por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá al negar al actor las solicitudes de: i) pena cumplida, ii) libertad condicional y iii) prisión domiciliaria, adoptadas en la providencia del 18 de diciembre del pasado año, como pasa a explicarse:

De acuerdo con las copias de la actuación penal allegadas a esta tutela, contrario a lo señalado por el demandante, la privación de la libertad por cuenta de la sentencia condenatoria -que actualmente purga- tuvo lugar durante los siguientes períodos:

- i) Del 10 de marzo de 2014 (fecha en la que cumplió las obligaciones impuestas cuando se le concedió la prisión domiciliaria), al 17 de agosto de 2015¹⁰ (día anterior al evento de salida de la residencia sin autorización que generó la revocatoria de la prisión domiciliaria, adoptada el 14 de junio de 2016).
- ii) Y desde el 18 de noviembre de 2018 (data en la que fue capturado para cumplir la pena de prisión, con ocasión de la revocatoria del mecanismo sustituto inicialmente concedido) y que actualmente se mantiene.

Por tanto, en el sub lite no podía contabilizarse como fecha de inicio de la prisión domiciliaria, el de expedición de la providencia que le concedió este instituto jurídico, emitida el 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca)¹¹, dado que, sólo hasta el 10 de marzo de 2014 cumplió las obligaciones a las que se sujetó su concesión, esto es, prestar caución prendaria y suscribir acta de compromiso donde debía señalar el lugar en el que cumpliría la misma¹².

De otra parte, si bien el proveído que le revocó la prisión domiciliaria se expidió el 14 de junio de 2016¹³, de la lectura del mismo, así como de la decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca¹⁴ que en sede de segunda instancia lo confirmó, la razón por la que se tomó el 17 de agosto de 2015, como fecha hasta la cual estuvo privado de la libertad por cuenta de este mecanismo sustitutivo, obedece a que el evento de incumplimiento de la obligación de no salir de su residencia sin autorización previa, que generó esa determinación, ocurrió el «18-08-15»¹⁵.

Tampoco es de recibo la teoría que propone el gestor constitucional, según la cual, debe contabilizarse como tiempo de privación de la libertad el transcurrido entre el 14 de junio de 2016 –cuando se expidió la providencia que le revocó la prisión domiciliaria- y el de su aprehensión ocurrida el 30 de noviembre de 2018, sobre la base de que, según su dicho, durante este período permaneció en el domicilio y hubo un error del Juzgado accionado en ponerlo a disposición de la autoridad carcelaria, pues lo cierto es que, a partir de la emisión del proveído que revocó dicho beneficio, únicamente podía entenderse como cumplimiento de la pena, el que ocurriera de manera intramural.

Sumado a que, dentro de los documentos allegados por la autoridad judicial accionada, obra el informe del 16 de junio de 2016¹⁶, rendido por el «patrullero Yery Jair Hernández Jara, Investigador criminal UBIC SIJIN Chia», donde reseña que precisamente en aras de capturar al accionante en virtud de la revocatoria de la prisión domiciliaria, se desplazó al lugar de residencia fijado por Rogelio Ortiz Bello, con los siguientes resultados:

[...] una vez en dicho lugar procedo por medio del citófono a comunicarme con el apartamento 304, donde responde una persona de sexo femenino quien no suministra dato alguno y aduce que no sabe donde (sic) ubicar al señor Rogelio Ortiz Bello ya que no se encontraba en el apartamento y desconocía algún lugar donde se pudiera notificar. [...].

Así mismo, existe una constancia del 15 de junio de 2016¹⁷ suscrita por la asistente

administrativa del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá, donde se lee:

[...] me trasladé hasta la casa de habitación del señor Rogelio Ortiz Bello [...], con el fin de notificar la decisión de fecha 14 de los corrientes mes y año, habiendo sido infructuosa tal actividad, pues el señor mencionado no se encontraba en su casa de habitación.

Inicialmente siendo las 3:40 de la tarde, timbré a través del citófono, y no fue atendida por nadie, verifiqué en los apartamentos 301, 302 y 303 para constatar que estuviera bueno el sistema de comunicación interno del edificio, habiendo obtenido respuesta en el 303 [...].

Posteriormente regresé, a eso de las 4.10 para insistir en la notificación del señor Rogelio, sin volver [a] hallar respuesta y haber sido atendida en esta ocasión por el señor Alfonso Alvarado, quien dijo ser el Administrador del edificio me atendió e informó que el señor Ortiz había salido en su vehículo, en compañía de la esposa e hija [...].

Informes, que precisamente originaron la expedición del auto del 7 de julio de 2016¹⁸, mediante el cual se compulsó copias ante la Fiscalía General de la Nación, para que investigara la presunta comisión del delito de fuga de presos.

De otro lado, conviene señalar que si bien en la determinación del 31 de marzo de 2016, que valoró la primera salida de la residencia sin autorización, resolvió no revocar a Ortiz Bello la prisión domiciliaria, nada impedía que con posterioridad, ante un nuevo evento de infracción a los deberes, pudiera derogársele dicho beneficio, como en efecto se decretó en la providencia del 14 de junio de 2016.

Finalmente, en cuanto a los errores, en los que, según el actor, incurrió el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá por no haberlo puesto a disposición de un establecimiento que vigilara el cumplimiento de la sentencia, se dirá además que, esta situación no incidió, ni fue la razón por la que el Despacho accionado negó las peticiones de pena cumplida, libertad condicional y prisión domiciliaria.

En conclusión, los razonamientos y operaciones aritméticas realizadas por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá, no pueden controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando, de manera alguna se perciben ilegítimos o caprichosos. Entendiendo, como se debe, que la misma no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento se convertiría prácticamente en una tercera instancia.

En el anterior contexto, se confirmará el fallo de primera instancia, por las razones contenidas en la presente decisión.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 137 anverso y reverso cuaderno tutela primera instancia

2 Folio 1, lb.

3 Folio 92 a 105, lb.

4 Folio 121, lb.

5 «Art. 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto [...]»

6 Folio 196, lb.

7 Folio 204, lb.

8 La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. 3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

9 Folio 26 a 35, lb.

10 Folios 49 a 52, lb.

11 Folio 61 a 67, lb.

- 12 Folio 65, lb.
- 13 Folio 49 a 55, lb.
- 14 Folio 165 reverso-169,lb.
- 15 Folio 52, lb.
- 16 Folio 171, lb.
- 17 Folio 170 respaldo, lb.
- 18 Folio 170, lb.