

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP975-2019

Radicación N.º 102631

Acta 21

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela instaurada por ELVEY BALDOMERO MÉNDEZ YARA contra la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES, el JUZGADO 1º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE LA DORADA y el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE DOSQUEBRADAS, ante la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

ELVEY BALDOMERO MÉNDEZ YARA se allanó a los cargos formulados en su contra por los delitos de pornografía infantil y actos sexuales abusivos con menor de 14 años dentro del proceso penal que se adelantó en su contra por hechos ocurridos en el año 2013.

Pese a lo anterior, indicó que no se le concedió la rebaja de hasta el 50%, aduciendo que la Ley 1098 de 2006 descarta cualquier beneficio.

Expuso que solicitó la redosificación de su pena ante el juzgado que vigila su condena, pero fue despachada negativamente argumentando el ejecutor que al juez de ejecución no le es permitido, salvo cuando se aplica el principio de favorabilidad consagrado en el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004.

En ese contexto, pidió el amparo de sus derechos y que se redosifique su pena teniendo en cuenta el parágrafo del artículo 31 del Código Penal, que establece “...En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

TRÁMITE Y RESPUESTA

DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

1. El Tribunal Superior de Manizales indicó que mediante auto del 27 de noviembre de 2018 se resolvió confirmar la decisión de no redosificar la pena vigilada al accionante.

Explicó que de conformidad con el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 —mencionado por el accionante— “la función del juez ejecutor se limita a la aplicación del principio de favorabilidad, siempre y cuando, sobre dicho tópico no se hayan pronunciado en apelación o casación”.

2. El secretario del Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, allegó copia de la sentencia condenatoria proferida el 2 de agosto de 2013, sin hacer pronunciamiento alguno.

3. El Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada, guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015², la Sala es competente para resolver la demanda de tutela formulada por ELVEY BALDOMERO MÉNDEZ YARA, que se dirige, entre otras autoridades, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

2. Para resolver el asunto que concita la atención de la Sala, es preciso recordar, en primer término, los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra providencias judiciales³.

En ese sentido, se ha decantado de tiempo atrás que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional⁴ ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, 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 irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, 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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, que el accionante «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»⁵.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico⁶; (ii) defecto procedimental absoluto⁷; (iii) defecto fáctico⁸; (iv) defecto material o sustantivo⁹; (v) error inducido¹⁰; (vi) decisión sin motivación¹¹; (vii) desconocimiento del precedente¹²; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se presente al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

2.1. Análisis del caso concreto.

En el presente asunto, ELVEY BALDOMERO MÉNDEZ YARA cuestiona por vía de tutela el auto emitido por el Tribunal Superior de Manizales, el 27 de noviembre de 2018 mediante el cual confirmó la decisión adoptada por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada, de no acceder a la petición de redosificación de la pena¹³ impuesta al accionante en sentencia emitida el 2 de agosto de 2013 por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas.

No obstante, observa esta Sala que la demanda constitucional carece de los requisitos de procedibilidad descritos en acápite precedente, acorde con lo señalado por la primera instancia, toda vez que:

2.1.1. Si el accionante tenía inconformidad con la sentencia condenatoria emitida en su contra, podía acudir al recurso de apelación, sin que hubiera acudido a dicho medio de

defensa judicial.

Además, en el evento de que se hubiese instaurado y resuelto la apelación de la providencia en cita, contra la decisión de segunda instancia procedía el recurso extraordinario de casación, medio consagrado por la Constitución y la ley procedimental penal para realizar un control constitucional y legal tanto de la sentencia emitida en sede de apelación, como del proceso penal en su integridad.

Entonces, eran dichos recursos la forma idónea para que controvertiera las presuntas vulneraciones a sus derechos, pero no puede para ello acudir a la residual vía tutelar, que no es una instancia adicional del proceso para revivir etapas que ya fenecieron y en las que no se hace uso de los recursos que la ley confiere a quien acude a la administración de justicia, como es el caso del demandante, quien no agotó los mecanismos judiciales que tenía a su disposición.

Así las cosas, pretermitió el accionante el agotamiento efectivo de todos los medios de defensa judicial a su alcance, hecho que no podrá subsanarse por esta vía, por cuanto aquello es un requisito general de procedencia de este mecanismo preferencial.

De manera que, si incumplió con la carga procesal que le correspondía, mal puede por este medio criticar su propia actuación, pues al respecto ha sido enfática la jurisprudencia nacional en señalar que «(...)las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso(...)» (C.C. C-279/13.)

Con tal derrotero se concluye que sí tuvo a su alcance el mecanismo de corrección propio del trámite ordinario, pero no hizo uso de aquel, torna improcedente esta solicitud de

tutela, al tenor de lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, porque se ha decantado de vieja data que «para que proceda el amparo se requiere del agotamiento de todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, salvo que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.» (T - 578 de 2010)

Adicionalmente, abundando en razones para concluir igualmente la improcedencia de la tutela solicitada, se advierte que la pretensión de MÉNDEZ YARA es expuesta más como un recurso ordinario que como una real afectación habilitante de la intervención del juez constitucional¹⁴.

En efecto, pide que el juez de tutela realice una nueva dosificación punitiva, diferente a la efectuada por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, y cuya pretensión fue denegada por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada y confirmada la decisión por el Tribunal Superior de Manizales.

Con su proceder está convirtiendo el mecanismo de amparo constitucional en una tercera instancia donde se haga eco de sus pretensiones, pero ello es improcedente, pues la tutela no es una fase adicional en la que se intente revivir etapas procesales ya fenecidas y que se sustentan en decisiones amparadas bajo las presunciones de acierto, legalidad y constitucionalidad.

2.1.2. Lo anterior, aunado al hecho de que revisadas las providencias cuestionadas, no se advierte ninguna vía de hecho, toda vez que i) el accionante no recurrió, como ya se dijo, la sentencia del 2 de agosto de 2013 y ii) el juez de ejecución de penas conoce de “...la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”, esto es que posterior a los hechos por los cuales fue condenado MÉNDEZ YARA —2013— se hubiese expedido una norma que contenga una reducción o modificación en el quantum punitivo

que lo favorezca.

Además, se debe recordar que si bien es cierto ELVEY BALDOMERO MÉNDEZ YARA aceptó cargos, la Ley 1098 de 2006 prohíbe, entre otros, las rebajas de penas por la celebración de preacuerdos, negociaciones y allanamientos¹⁵, a los procesados por delitos cuyas víctimas sean menores de edad.

Ahora, los cargos que MÉNDEZ YARA aceptó fueron “pornografía infantil con personas menores de 18 años en concurso homogéneo y heterogéneo y sucesivo con actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos con circunstancias de agravación (arts. 218, inciso final¹⁶, 209¹⁷ y 211 numeral 5°¹⁸ del Código Penal).

En efecto, en la sentencia condenatoria el juez cognoscente, luego de transcribir los aludidos artículos, establecer los extremos mínimos y máximos de las penas, los dividió en cuartos, y señaló que la pena más severa, para el caso de MÉNDEZ YARA, era la prevista en el delito de pornografía infantil, esto es 160 a 360 meses de prisión, y partió del cuarto mínimo de ésta —160 meses—, aumentando 40 meses por el concurso de actos sexuales, para imponer como pena un total de 200 meses de prisión.

Se ha de tener en cuenta, en este punto que el Juez Penal del Circuito de Dosquebradas partió del cuarto mínimo, conforme al artículo 61 del Código Penal, donde se dispone que el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva; y se podrá mover en los cuartos medios cuando existan circunstancias de atenuación y agravación; y en el cuarto máximo cuando existan exclusivamente circunstancias de agravación punitiva.

Así las cosas, se concluye que la pena impuesta al accionante le es favorable, situación que no necesita mayor análisis, por lo que se puede concluir que lo que pretende es reabrir un proceso que culminó en el año 2013, desconociendo con su actuar el carácter subsidiario de

la vía tutelar.

En ese orden, se reitera, no se evidencia que las decisiones del Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada, el Tribunal Superior de Manizales y el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas configuren una «vía de hecho», es decir, sean una expresión de la judicatura sin el más mínimo respaldo en el ordenamiento jurídico aplicable, pues por el contrario, se aprecia que el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, en su resolución del caso concreto, realizó una interpretación favorable de las normas jurídicas, sin que se observe imperiosa la intervención del juez de tutela por lo expuesto en precedencia.

De otro lado, respecto de la aplicación del Parágrafo 19 del artículo 31 del Código Penal, al caso bajo estudio, debe tener en cuenta que no se cumplen los requisitos para ello, puesto que el delito continuado "...fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos", y el delito en masa "...Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano", (subrayas fuera de texto), lo cual no encaja dentro de los punibles por los que fue condenado (ver decisión CSJ SP, 20 feb. 2008, Rad. 28880).

En tales condiciones, lo procedente es negar el amparo invocado.

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

NEGAR el amparo invocado.

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

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 ARTÍCULO 38. DE LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen:

7. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.

2 Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

3 «en el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.» C.C. T-343/12.

4 Fallos C-590/05 y T-332/06.

5 Ibídem.

6 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

7 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

8 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

9 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

10 “cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.

11 “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

12 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

13 El accionante fue condenado por los delitos de pornografía infantil con personas menores de 18 años en concurso homogéneo y heterogéneo y sucesivo con

actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos con circunstancias de agravación (arts. 218, inciso final, 209 y 211 inciso 5° del Código Penal) a 200 meses de prisión.

14 Para la doctrina, un recurso ordinario se pretende camuflar como demanda de tutela cuando: “La pretensión y la resistencia interpuestas en la demanda y en la contestación son las mismas que continúan en el recurso; el actor que pidió la condena del demandado, la estimación de la pretensión, si es el que impugna la sentencia de instancia sigue pidiendo en el recurso lo mismo; el demandado, que pidió su absolución, sigue por medio del recurso pidiendo lo mismo. Los tres elementos de la pretensión (partes, hechos y petición) no cambian cuando se trata de los medios de impugnación en sentido estricto, es decir, de los recursos.” En ese sentido, MONTERO AROCA, Juan, El sistema de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, En: Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y responsabilidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 475.

15 ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

16 ARTICULO 218. PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio,

para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

17 ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

18 ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

19 ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.