

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP1003-2020

Radicación N.º 108835

Acta 21

Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela instaurada por ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ contra la SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá y las demás partes e intervinientes del proceso penal con radicado 11001600004920121245101.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

1. En marzo de 2012, ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ, quien se desempeñaba como psicólogo en el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, le solicitó diez millones de pesos a JOSÉ JEIBER ARANGO ÁLVAREZ para favorecerlo en el proceso que se debatía la custodia de su hija. JOSÉ JEIBER ARANGO ÁLVAREZ pagó siete millones seiscientos cincuenta mil pesos.
2. El 28 de marzo de 2018, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá condenó a ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ a la pena de 96 meses de prisión, multa 66.66

salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 84 meses, tras hallarlo responsable por el delito de concusión. A su vez, le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ interpuso el recurso de apelación contra tal decisión.

3. El 19 de junio de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en resolución del recurso de apelación, confirmó la sentencia condenatoria pero modificó la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, tasándola en 80 meses.

4. ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ interpuso acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pues considera que incurrió en una vía de hecho al no tener en cuenta que, para la fecha de los hechos (marzo de 2012), la prohibición del artículo 68A del Código Penal no incluía los delitos contra la administración pública, pues éstos sólo fueron adicionados mediante la Ley 1709 de 2014, con lo que procedía la concesión de la prisión domiciliaria y al juez le era obligatorio realizar el análisis correspondiente.

RESPUESTA DE LOS DEMANDADOS

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá afirmó, en su respuesta, que la acción de tutela es improcedente, en cuanto a que el accionante no interpuso el recurso extraordinario de casación contra la decisión controvertida.

Por lo anterior, solicita que se niegue el amparo invocado.

2. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá manifestó, en su respuesta, que, dada la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, el proceso se encuentra bajo la custodia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, con

lo que son aquellos quienes resultan competentes para determinar, en este punto, la procedencia de los subrogados penales solicitados.

Adicionalmente, expuso que resultaba imposible conceder beneficios sustitutivos, pues ello iría en contravía de la norma vigente.

Con esto, considera que no se ha presentado ninguna violación a los derechos fundamentales del accionante por parte del Despacho.

3. La Fiscalía 223 Seccional de Bogotá adujo, en su respuesta, que los aspectos cuestionados por el accionante son de competencia exclusiva de los jueces de instancia, sin que la Fiscalía tenga injerencia en las decisiones acerca de la concesión o denegación de subrogados penales.

4. Los demás vinculados guardaron silencio dentro del término de traslado respectivo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la acción de tutela formulada contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. Para el caso, ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ cuestiona, por vía de tutela, la decisión del 19 de junio de 2019 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la sentencia condenatoria impuesta por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2018, pues considera que presenta una vía de hecho en la aplicación de la ley vigente a la fecha de los hechos, lo que vulnera su derecho al debido proceso.

Ahora bien, el reclamo del accionante no tiene vocación de prosperar porque no cumple con

la subsidiariedad como requisito general de procedencia.

Esto, debido a que, si pretendía cuestionar la interpretación de la norma o su falta de aplicación en la sentencia controvertida, el mecanismo idóneo era el recurso extraordinario de casación, en el que esta Corporación, como órgano de cierre de la justicia ordinaria, podía pronunciarse sobre el reclamo del demandante y estudiar los errores en que presuntamente incurrió el juzgador de instancia.

Por lo tanto, no resulta justificado que ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ haya dejado de recurrir a los mecanismos de protección de sus garantías fundamentales, establecidos en la ley.

Por otro lado, la Sala no advierte que las decisiones atacadas configuren una «vía de hecho», es decir, que sean una expresión de la judicatura sin respaldo en el ordenamiento jurídico aplicable o que exista algún otro defecto específico que habilite el amparo invocado, porque, en la decisión del 28 de marzo de 2018, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá consideró que:

“Establece el artículo 38 del Código penal, aplicable sin modificaciones acorde con la fecha de ocurrencia del ilícito, que la pena privativa de la libertad podrá cumplirse en el lugar de residencia del condenado, siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos y que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Acorde con lo preceptuado por la norma, no resulta evidente la concurrencia del primero de los requisitos establecidos en torno al monto mínimo del punible, dado que supera en mucho los 5 años que prevé la norma y de relevo el análisis de los demás ítems.

Ahora que si se quisiera que el análisis se realice a la luz del canon 38 del Código Penal con las modificaciones de la Ley 1709 de 2014, imperioso que la pena privativa de la libertad podrá cumplirse en el lugar de residencia del condenado, siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos y que no se trate de uno [sic] de las conductas punibles previstas en el artículo 68 A Inc. 2º de la ley 599, a más que debe demostrarse el arraigo familiar y social del condenado.

Sobre el punto y considerando los topes punitivos que la legislación trae, evidente que por el aspecto objetivo resulta posible la prisión domiciliaria, luego pasará el Estrado al estudio del otro presupuesto que demanda la norma en comento y que se corresponde a la conducta no esté inmersa en el listado previsto en el artículo 68 A, y obsérvese como quedó ya analizado, si está allí incluido, luego de relevo ahondar frente a la demostración del arraigo familiar y social del condenado, debiendo señalar como desafortunado resulta también este estudio cuando ha sido tal el desapego de BARRETO SÁNCHEZ, que frente a las resultas del proceso no ha mostrado interés alguno, denotando con ello su falta de respeto por la justicia, de allí más que necesaria, la determinación de que la aflicción se cumpla en establecimiento carcelario, debiéndose oficiar al INPEC para lo de su cargo y el cumplimiento de lo en este punto decidido”.

Así entonces, se observa que, pese a lo manifestado por el accionante, el Juzgado negó la solicitud de prisión domiciliaria partiendo del límite de 5 años –o menos- de pena de prisión que debe tener el delito, en virtud artículo 38 del Código Penal.

Situación distinta es que, ante la imposibilidad de proseguir el análisis, el juez estudió la posibilidad de aplicar, por favorabilidad, el texto incorporado en la Ley 1709 de 2014, la cual, en el artículo 23, amplía ese límite a “ocho (8) años de prisión o menos”, pero prohíbe tal mecanismo para las conductas punibles relacionadas con la administración pública.

Por lo anterior, dado que, de forma pacífica, la jurisprudencia de la Sala ha descartado la posibilidad de acceder a la *lex tertia* en subrogados penales, para aplicar los criterios que resulte más favorables de ambas leyes (CSJ AP5189-2018, AP082-2018, AP8001-2017, AP8067-2017, AP7244-244-2017, AP3358-2015, AP2880-2015, AP2173-2015, entre otras), la Sala no advierte defecto alguno en la argumentación y fundamentación con la que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá negó la prisión domiciliaria, lo cual fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se advierte razonable y ajustada a derecho la decisión controvertida.

Así entonces, no se evidencia algún motivo para que el juez constitucional intervenga en este asunto, a manera de instancia adicional, ni se advierten razones para acceder al amparo de modo transitorio y se hace imperioso negarlo.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. NEGAR el amparo invocado por ÁLVARO EDUARDO BARRETO SÁNCHEZ.
2. COMUNICAR esta determinación de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
3. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.