

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP5301-2023

Radicación n° 130646

Acta 106.

Bogotá, D.C., primero (1º) de junio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por el accionante Nelson Efraín Melo Zambrano, por intermedio de apoderado judicial, contra el fallo proferido el 11 de abril de 2023, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual declaró improcedente la tutela promovida para el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por los Juzgados 4º Penal del Circuito Especializado y 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

ANTECEDENTES

HECHOS y PRETENSIONES

Los hechos y pretensiones que motivaron la demanda de amparo fueron fijados por el a quo en los siguientes términos:

“Refiere el apoderado del accionante, que este último fue condenado a 99 meses de prisión por los delitos de lavado de activos, testaferrato y concierto para delinquir agravado.

Posterior, mediante auto interlocutorio No. 10 del 18 de enero de 2023, el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, negó la libertad condicional, decisión confirmada por el Despacho 4° Penal Especializado, el 10 de marzo, autoridad que hizo énfasis en que, en tratándose de ese mecanismo, ninguna de las modificaciones realizadas al artículo 64 de la Ley 599 de 2000, elimina el estudio de la gravedad de la conducta punible, tampoco el régimen de las excepciones.

Que tales funcionarios vulneran el principio de legalidad, porque el legislador estableció que los jueces de ejecución de penas y los de segunda instancia, deben valorar la conducta punible de las personas condenadas a penas privativas de su libertad para decidir acerca de su libertad condicional, teniendo en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

Y en tal sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en decisión del 12 de julio de 2022, Rad. 61471 y el Tribunal Superior de Cali, el 12 de agosto de 2022, Rad. 2022-01047, precedentes que tiene fuerza vinculante.

Además de afectar el principio de igualdad, dado que otros sujetos se han visto beneficiados con la libertad condicional, por los mismos delitos por los que fue condenado¹. Deben entonces tener en cuenta que no se castiga por castigar, lo que se busca es la rehabilitación y una enmienda a su comportamiento, de ahí que, son las certificaciones que expide el INPEC, conforme con el artículo 471 de la ley 906 de 2004, las que demuestran la posibilidad de la reinserción social.

En consecuencia, como solicita conceder en favor del señor Nelson Efraín Melo Zambrano, la libertad condicional.”.

EL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia de 11 de abril de 2023, declaró improcedente la tutela promovida por Nelson Efraín Melo Zambrano, por intermedio de apoderado judicial, para el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por los Juzgados 4° Penal del Circuito Especializado y 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, tras considerar que no se satisfacen los requisitos generales de procedencia del mecanismo constitucional contra providencias judiciales, en especial el de subsidiariedad, comoquiera que el juez constitucional no debe ocuparse de trámites de procesos en curso, porque las situaciones procesales o sustanciales que se presenten se deben resolver conforme al procedimiento previsto para ese asunto; empero, destacó que:

“la procedencia de la solicitud liberatoria condicionada no se agota con la sola gravedad de la conducta punible pues debe armonizarse con otros factores, como el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos que permitan determinar si se justifica la continuación de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Debe primar el proceso de resocialización como finalidad del cumplimiento de la pena, para estimular la recuperación del comportamiento personal y social del condenado.

Pero, aunque se detalla en las providencias cuestionadas que el factor conducta se convirtió en un aspecto preponderante de valoración judicial determinante para negar el mentado subrogado, situación que al revisar la orientación de la Corte Suprema de Justicia no se muestra conforme a la interpretación del art. 64 del Código Penal; no es menos cierto que hasta tanto no se acredite el arraigo familiar y social, conforme el numeral 3° de la mencionada normatividad, la libertad condicional no prospera, porque, en últimas, conforme los planteamientos esbozados, la decisión de los Juzgados, sobre todo, de la primera instancia, se encuentra acertada por el hecho de haber negado la pretensión del actor.

Destacándose el acierto por la no demostración o acompañamiento de prueba del arraigo familiar y social. Debiendo revisar en futuros exámenes la conclusión de las decisiones

examinadas, en cuanto a la gravedad de la conducta cotejándola con los resultados del proceso de resocialización conforme a la orientación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que esta última fase del proceso penal o mejor del sistema de justicia, tenga alguna razón de ser, debiéndose atender los principios de la pena de protección y rehabilitación del condenado, como un propósito de preferencia, priorización o necesidad de análisis, evaluación y aplicación en caso de ser favorable.”.

“EXHORTAR a los Juzgados 4° Penal Especializado y 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, para que, cuando efectúen un nuevo análisis, tengan en cuenta la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional relacionada con la valoración previa de la conducta punible y la incidencia del proceso de resocialización y readaptación del condenado, como sentencias STP15806-2019, rad. 683606, CSJ AP 3348-2022, rad. 61616, CSJ AP 40231-2022, rad. 122822 y STP5650-2022, rad.123305.”.

DE LA IMPUGNACIÓN

Nelson Efraín Melo Zambrano, por intermedio de apoderado judicial, inconforme con la determinación de primera instancia, la impugnó y, al respecto, reiteró los argumentos expuestos en la demanda de tutela, con el propósito de cuestionar las razones que llevaron a los jueces accionados a negarle la libertad condicional, sin tener en cuenta que, junto con el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio No. 0010 de 18 de enero de 2023, proferido por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, mediante el cual negó el referido mecanismo, allegó el certificado de vecindad expedido por parte del inspector de policía de Tumaco – Nariño, que acredita su arraigo.

Postuló que sí satisfizo el presupuesto de subsidiariedad para promover la presente tutela, dado que, contra la providencia que resolvió el citado recurso de apelación, no procede recurso alguno.

Dicho esto, solicitó se revoque el fallo recurrido para, en su lugar, acceder a sus

pretensiones.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

La máxima autoridad de la jurisdicción Constitucional ha sostenido, de manera insistente (primero en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 y luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, entre otras), que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para impugnar o censurar las determinaciones dentro de un proceso judicial o administrativo.

Excepcionalmente, esta herramienta puede ejercitarse para la protección de derechos fundamentales que resultan violados cuando se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa; o en aquellos eventos en los cuales las providencias son expedidas fuera del ámbito funcional, en forma contraria a la ley; esto es, si se configuran las llamadas causales de procedibilidad, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente instituido, sea claramente ineficaz, suceso en el que procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

En el asunto bajo estudio, el problema jurídico se contrae a resolver la impugnación presentada por el accionante Nelson Efraín Melo Zambrano, contra el fallo proferido el 11 de abril de 2023, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual declaró improcedente la tutela promovida para el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por los Juzgados 4° Penal del Circuito Especializado y 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Decisión adoptada tras considerar que el accionante no satisfizo el presupuesto de subsidiariedad, dado que mientras el proceso esté en curso, es al interior de éste que debe elevar las solicitudes para que sea analizada la viabilidad de acceder a los beneficios judiciales y administrativos y derivados de la condena.

Postura que no comparte el libelista, en consideración a que: (i) la providencia proferida por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Cali no es susceptible de ser recurrida; (ii) junto con el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio No. 0010 de 18 de enero de 2023, proferido por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, allegó el certificado de vecindad expedido por parte del inspector de policía de Tumaco - Nariño, que acredita el arraigo de su representado; (iii) aunado a que la negativa se centró en la gravedad de las conductas por las cuales fue condenado su representado, lo que, en su criterio, no se acompasa con lo preceptuado en el artículo 64 del Código Penal.

A efectos de resolver el asunto puesto a consideración de esta Sala, menester resulta precisar que, cuando se trata de acciones de tutela en contra de providencias judiciales, la Corte Constitucional ha condicionado su procedencia al hecho que concurren unos requisitos de procedibilidad: unos genéricos, que habilitan la interposición de la demanda, esto con la finalidad de evitar que se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada; y, otros específicos, relacionados con la procedencia del amparo².

Al respecto, la Sala precisa que corresponden al primer grupo de los requisitos de procedibilidad, los siguientes: i) que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; iv) que ante una irregularidad procesal, el defecto tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia; v) que la parte actora identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados; y, vi) que no se

trate de sentencia de tutela.

Mientras que son requisitos específicos: defecto orgánico; procedimental absoluto; fáctico; material o sustantivo; error inducido o por consecuencia; que la decisión cuestionada carezca de motivación; el desconocimiento del precedente; y, vulneración directa de la Constitución.

Con ese panorama y, de cara al asunto que concita la atención de la Sala, hay lugar a concluir, contrario a lo considerado por el a quo, que se satisfacen los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, en consideración a que:

(i) el asunto que concita la atención de la Sala tiene relevancia constitucional, dado que el libelista discute la presunta vulneración de garantías constitucionales, con sustento en lo considerado por los jueces de instancia al momento de resolver su solicitud de libertad condicional;

(ii) no existe mecanismo de defensa judicial ordinario o extraordinario que permita llevar a cabo un control de las providencias que se atacan, pues contra la decisión de segunda instancia que confirmó la decisión adoptada en primera de negar el subrogado penal, no procede ningún recurso, ni mecanismos extraordinarios que permitan su revisión;

(iii) se cumple el requisito de la inmediatez, si se tiene en cuenta que la providencia proferida por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Cali, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, data del 10 de marzo de 2023 y la presente acción de tutela se instauró el día 21 de los mismos mes y año, es decir, 11 días después;

(iv) de otra parte, el apoderado judicial del actor identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de las garantías fundamentales cuya protección invoca, tal como quedó expuesto en el acápite de antecedentes; y, finalmente,

(v) la decisión que se controvierte no es sentencia de tutela.

Superado ese análisis, se entrará a analizar si concurre alguna de las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; esto es, verificar si las determinaciones objetadas incurrieron en algún vicio o defecto específico y, para ello, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial en materia de libertad condicional.

De los presupuestos legales y jurisprudenciales para la concesión de la libertad condicional.

El artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, estipula la procedencia de dicho mecanismo sustitutivo de la pena, en los siguientes términos:

«El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.».

Entre tanto, la Corte Constitucional, en sentencia CC C-757- 2014, determinó cuál es la función del juez de ejecución de penas frente a la valoración de la conducta punible, si:

«[E]l 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, cuáles son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión. [...] [L]os jueces de ejecución de penas no realizarían una valoración ex novo de la conducta punible. Por el contrario, el fundamento de su decisión en cada caso sería la valoración de la conducta punible hecha previamente por el juez penal».

Adicionalmente, en la mencionada providencia se estableció que la redacción del artículo 64 del Código Penal no establece qué elementos de la conducta punible deben tener en cuenta los jueces de ejecución de penas ni los lineamientos a seguir para asumir las valoraciones que de ella hicieron previamente los jueces de conocimiento en la sentencia, por lo que aquellos debían: «tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.».

Ulteriormente, en sentencias CC C-233-2016, CC T-640-2017 y CC T-265-2017, el Tribunal Constitucional indicó que, a fin de facilitar la labor de los jueces de ejecución ante el

ambiguo panorama, debían tener en consideración que la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana.

Por lo anterior, dicha Corporación afirmó que los jueces de ejecución de penas debían velar por la reeducación y la reinserción social de los sentenciados como una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana que permite humanizar la pena de acuerdo con el artículo 1º de la [Constitución Política](#) (CC T - 718-2015).

En tal sentido, esta Corporación sostiene que, si bien es cierto el juez de ejecución de penas, en su valoración, debe tener en cuenta la conducta punible, también tiene el deber de analizar la participación del condenado en las actividades programadas al interior del centro carcelario, el comportamiento durante el tiempo de privación de la libertad, esto como una estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización (CSJ SP 10 oct. 2018, rad. 50836; CSJ STP 8 sep. 2022, rad. 125971), pues el objeto del derecho penal en un Estado como el colombiano no es excluir al delincuente del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo (CC C-328-2016).

Así, en recientes pronunciamientos, esta Sala ha ampliado la concepción imperante frente a la valoración de la conducta punible en la fase de la ejecución de la pena al momento de decidir una solicitud de libertad condicional, (CSJ AP2977-2022, rad. 61471, 12 jul. 2022; CSJ STP 8 sep. 2022, rad. 125971) y al respecto ha sostenido que:

«28. Esta Sala, en la sentencia de tutela STP15806-2019, Radicado 683606, se refirió a los fines que debe perseguir la pena, de la siguiente manera: (...) la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la

resocialización como garantía de la dignidad humana. (...)

Así, se tiene que: i) en la fase previa a la comisión del delito prima la intimidación de la norma, es decir la motivación al ciudadano, mediante la amenaza de la ley, para que se abstenga de desplegar conductas que pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; ii) en la fase de imposición y medición judicial debe tenerse en cuenta la culpabilidad y los derechos del inculcado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual; y iii) en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales.

Con fundamento en ello, la misma corporación concluyó que: i) No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal (...) ii) La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas; iii) Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización (...).

Lo anterior, está indicando que el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal, como pareció entenderlo el A quo, al asegurar que «no se puede pregonar la procedencia del beneficio denominado Libertad Condicional, pues ese pronóstico sigue

siéndole desfavorable, en atención a la valoración de la conducta, circunstancia que no cambiará, (...) su comportamiento delictivo nació grave y no pierde sus características con ocasión del proceso de resocialización y rehabilitación dentro del tratamiento penitenciario»

Por el contrario, se ha de entender que tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad actual y los antecedentes de todo orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social; por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el «impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes».

Igualmente, la Sala de Casación Penal de esta Corte en decisión CSJ AP3348-2022, rad. 61616, 27 jul. 2022, frente a la gravedad de la conducta punible indicó:

«[...] Toda conducta punible es considerada un acto grave contra la sociedad, al punto que el legislador reprime su comisión a través de la punición. De cualquier manera, a raíz del resquebrajamiento de las relaciones humanas, ella afecta los valores que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la vida en comunidad. En últimas, además del daño privado, el delito siempre ocasiona un daño público directamente relacionado con la transgresión de las normas establecidas por el legislador penal, necesarias para la convivencia pacífica.

La condición de grave o leve de una infracción delictiva da lugar a intensos e inacabados debates. Nadie ha de negar que existen cierto tipo de comportamientos que por su naturaleza –o por lo menos desde una perspectiva simplemente objetiva–, implican una mayor afectación a valores sensibles para el conglomerado social, verbigracia, los vinculados a bienes jurídicos que tutelan la vida, la integridad personal, la libertad en todas

sus aristas o la administración pública, para citar solo algunos, lo que de contera genera unánime rechazo social. Sin embargo, ello no soluciona la problemática a la hora de calificar el injusto.

La praxis judicial enseña que en torno a la valoración de la conducta punible se elaboran múltiples reflexiones para justificar su gravedad –todas válidas si se quiere–, una por cada tipo penal que el Estatuto Punitivo contempla, pero en el fondo sólo confluyen en un argumento circular que asume por punto de partida las razones que tuvo en cuenta el legislador para considerar que determinado proceder debía ser objeto de represión por el Estado.

La previa valoración del injusto típico introduce a la discusión argumentos de índole subjetivo que en nada contribuyen a superar la ambigüedad generada por el legislador de 2014 en el artículo 64 del Código Penal. Por ejemplo, cómo negar la percepción y el reclamo del menor de edad, quien considera sumamente grave el hecho que sus ascendientes, sin justa causa, no provean los alimentos necesarios para su subsistencia (inasistencia alimentaria), o el del padre o madre cabeza de familia a la que hurtan su humilde venta de golosinas, que por su situación económica constituía el único medio de ingreso económico del núcleo familiar.

Y la lista sería interminable si se pretendiera continuar el ejercicio casuístico. Algunos argumentan que un criterio que permite identificar la gravedad del delito está dado por la severidad de la pena a imponer. No obstante, nuevamente la práctica judicial enseña lo contrario, en virtud de un fenómeno que ha dado en llamarse hiperinflación o populismo punitivo, producto de la irreflexiva política criminal colombiana³, que en la vehemente búsqueda de encontrar en el derecho penal la solución a todos los problemas de la sociedad, simplemente ofrece sanciones graves, retribución –por no decir venganza– y castigos ejemplarizantes, dejando de lado la noción de resocialización y acercándose en mucho a criterios de segregación y exclusión del penado del entramado social.

(...) Importa acotar que la Sala, por obvias razones, no se refiere a aquellas conductas que el propio legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, excluyó del subrogado de la libertad condicional, asunto que ocupó la atención de la Corte Constitucional en sentencia CC C-073-2010, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, «[p]or la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones».

En su decisión, el alto Tribunal Constitucional explicó que, en punto de concesión de beneficios penales: (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado, (ii) se ajustan, prima facie, a la [Constitución Política](#), las medidas legislativas que restrinjan la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad o que causan un elevado impacto social y, (iii) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia.

En la sentencia en cita, también se recordó que el legislador ha limitado igualmente el reconocimiento de beneficios penales para los casos de conductas punibles que considera particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la víctima, verbigracia, el caso del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 «[p]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», norma que contiene diversas restricciones, algunas de las cuales las consideró ajustadas a la Carta Política (Cfr. CC C-738-2008). Por ello, precisó que «[e]l legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional».

Las anteriores enseñanzas han sido reiteradas en las sentencias CC T-019-2017 y

T-640-2017 –posteriores a la Ley 1709 de 2014– en las cuales explicó que el juez de ejecución de penas, a efectos de conceder el subrogado de libertad condicional, debe revisar: (i) si la conducta fue considerada especialmente grave por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006 y, (ii) solo si esto es viable, es decir, si aplicado ese filtro resulta jurídicamente posible la concesión del subrogado, por no estar prohibido por la normatividad legal, debe verificarse el lleno de todos los requisitos exigidos en el canon 64 del Estatuto Punitivo, sin detenerse en el solo estudio de la conducta delictiva. Sustentar la negación del otorgamiento de la libertad condicional en la sola alusión a la gravedad o lesividad de la conducta punible, solo es posible frente a casos en los cuales el legislador ha prohibido el otorgamiento del subrogado por dicho motivo, como sucede con los previstos en los artículos 26 de la Ley 1121 y 199 de la Ley 1098 de 2006, pues, como se dijo en la decisión CSJ STP15806- 2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, atrás citada, «no puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos»

El artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), con la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-757-2014, enseña que la finalidad del subrogado de la libertad condicional es permitir que el condenado pueda cumplir por fuera del centro de reclusión parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, cuando la conducta punible cometida, los aspectos favorables que se desprendan del análisis efectuado por el juez de conocimiento en la sentencia –en su totalidad–, el adecuado comportamiento durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y la manifestación que el proceso de resocialización ha hecho efecto en el caso concreto –lo cual traduce un pronóstico positivo de rehabilitación–, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar la ejecución de la sanción bajo la restricción de su libertad (artículo 64 numeral 2° del código penal). Sólo de esa

forma se hace palpable la progresividad del sistema penitenciario, cuya culminación es la fase de confianza de la libertad condicional, que presupone la enmienda y readaptación del delincuente y efectiviza su reinserción a la sociedad, lográndose la finalidad rehabilitadora de la pena.

La perspectiva en clave de libertad principalmente apuesta por las posibilidades de resocialización o reinserción social de la persona que ha cometido una infracción delictiva, acorde a máximas de rehabilitación, mientras la visión de seguridad apunta a su exclusión social, propias de políticas intimidatorias e inocuizadoras o de aislamiento del condenado, que contrarrestan su reintegro a las dinámicas comunitarias.

Por supuesto, sólo el primer enfoque posee efectos personales y sociales favorables al condenado, toda vez que persigue objetivos de prevención especial cifrados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia criminal a través de la incorporación del infractor a la sociedad. Al paso que el segundo pretende alcanzar objetivos preventivos, pero a través de la exclusión del delincuente del conglomerado social.

La integración holística que el artículo 64 del Código Penal impone al juez vigía de la pena, conduce a que la previa valoración de la conducta no ha de ser entendida como la reedición de ésta, pues ello supondría juzgar de nuevo lo que en su momento definió el funcionario judicial de conocimiento en la fase de imposición de la sanción. Tampoco significa considerar en abstracto la gravedad de la conducta punible, en un ejercicio de valoración apenas coincidente con la motivación que tuvo en cuenta el legislador al establecer como delictivo el comportamiento cometido. Menos implica que el injusto ejecutado, aun de haber sido considerado grave, impida la concesión del subrogado, pues ello simplemente significaría la inoperancia del beneficio liberatorio, en contravía del principio de dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho.

Una lectura diferente de lo pretendido por el legislador y de lo definido por la jurisprudencia

de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma en cuestión: (i) la aleja del talante resocializador de la pena, (ii) desvirtúa el componente progresivo del tratamiento penitenciario, (iii) muta el norte rehabilitador que inspira el mecanismo sustitutivo, hacia un discurso de venganza estatal, y (iv) obstaculiza la reconstrucción del tejido social trocado por el delito.

La previa valoración de la conducta no puede equipararse a exclusiva valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza. La Corte ha de reiterar que cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

En suma, no es el camino interpretativo correcto, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional. Ello sería tanto como asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales.».

Del caso en concreto.

En fase de la ejecución de la pena, el sentenciado, así como su defensor, solicitaron al

Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali la libertad condicional; despacho que mediante providencia de 18 de enero de 2023, negó la postulación, con fundamento en que no se colmaron, en su totalidad, los presupuestos objetivos y subjetivo establecidos en el artículo 64 del Código Penal, en consideración a que no aparecía acreditado el arraigo social y debido a la gravedad de los comportamientos delictivos por los cuales fue condenado.

Para tal efecto, en primer lugar dio por salvado el presupuesto relacionado con el cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena⁴, con sustento en que: “ha purgado un total de 62 meses y 17.5 días, lapso que resulta ser superior a los 59 meses y 12 días que equivalen las tres quintas partes de la sanción”; luego de ello, estableció que el condenado ha mostrado un adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión⁵, en consideración a que: “su conducta ha sido calificada como BUENA y EJEMPLAR en el tiempo de reclusión formal (...) además de haberse emitido resolución favorable para el otorgamiento de la libertad condicional”; y, enseguida, puntualizó que en el caso analizado no había lugar a exigir la reparación a la víctima, puesto que: “el fallador se abstuvo de imponer condena en perjuicios por haberse indemnizado a la víctima.”.

No obstante, al momento de abordar el requisito relacionado con la demostración del arraigo familiar y social, desestimó su acreditación, a pesar de los soportes allegados para tal efecto, a saber:

- “- Un recibo de servicio de fluido eléctrico de la entidad Centrales Eléctricas de Nariño S. A., para predio localizado en la Cs 14D Calle Obando Div 1 – Calle Obando a nombre de la usuaria Carmen Lina Zambrano Casanova.
- Un recibo de servicio público de acueducto de la entidad Aguas de Tumaco para el predio MZN 070 Lote 67 Piso 1 a nombre del usuario Nelson Caro – Giramos S. A.

- Certificaciones expedidas en los años 2018 y 2019 por personas naturales y jurídicas haciendo constar relaciones comerciales con el señor MELO ZAMBRANO.”.

Para arribar a tal conclusión, el juzgado executor hizo mención al artículo 23A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el canon 15 de la Ley 1709 de 2014, a partir del cual, según su criterio, era dable concluir que:

“(…) [C]uando se hace referencia a arraigo, se está hablando de contenidos de lugar de domicilio y residencia, así como del componente familiar del sentenciado. En el caso que nos ocupa, los contenidos referentes a domicilio y componente familiar están indeterminados en el expediente como quiera que no se arrimó a la foliatura documentación alguna que permita dilucidar esa situación. En tal orden, se entiende incumplida la exigencia normativa en este punto, pues la competencia para expedir certificado idóneo sobre su arraigo o constancia de vecindad está radicada en las autoridades administrativas municipales, Secretaría de Gobierno Municipal a través de los inspectores de policía; elementos de convicción ausentes que impiden arribar a una conclusión favorable por este aspecto.”.

A renglón seguido, anticipó que el pronóstico de la gravedad de la conducta resultaba desfavorable, tras considerar, en lo relevante, que:

“Sobre tan puntual aspecto, recuérdese que aquella valoración versará sobre los hechos distintos a los que fue objeto de reproche en la sentencia condenatoria, esto es, a los ocurridos con posterioridad a la misma, sin desconocer la gravedad de la conducta, tales como el comportamiento del condenado en reclusión, resultando pertinente advertir que apreciaciones de este tenor no son cosa novedosa, ni de exclusiva concepción del despacho, sino que se trata de tópicos que fueron tratados a espacio y con clara sindéresis por la Corte Constitucional, máxima intérprete de la [Constitución Política](#), en la Sentencia C-194 de marzo 2 de 2005, en la que precisamente declaró la exequibilidad de la expresión ‘previa valoración de la gravedad de la conducta punible’, entronizada en el artículo 5º de la Ley

890 de 2004, modificatorio el artículo 64 del Código Penal, que se repite en el artículo 30 de la Ley 1709 vigente en la actualidad, con motivaciones del siguiente tenor: ‘...De lo expuesto se deduce entonces que cuando el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad valora la conducta del condenado a efectos de determinar la procedencia del subrogado penal de la libertad condicional, lo hace sin quebrantar la prohibición constitucional del non bis in ídem, pues su calificación no implica un nuevo juicio sobre la responsabilidad penal del condenado.

En este punto la Corte considera necesario precisar que, en efecto, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ejerce una función valorativa que resulta determinante para el acto de concesión del subrogado penal. Para la Corte, la función que ejercen los jueces de ejecución no es mecánica ni sujeta a parámetros matemáticos. Ésta involucra la potestad de levantar un juicio sobre la procedencia de la libertad condicional que ciertamente exige la aplicación del criterio del funcionario judicial. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que dicha valoración recae sobre los mismos elementos que se ven involucrados en el juicio penal propiamente dicho. Tal como quedó expuesto, la valoración en la etapa posterior a la condena se somete enteramente a los parámetros de la providencia condenatoria y tiene en cuenta elementos distintos, como son el comportamiento del reo en prisión y la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Tal valoración no vuelve a poner en entredicho la responsabilidad penal, sino la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Y la prueba está, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, en que la decisión judicial que deniega el subrogado penal no aumenta ni reduce el quantum de la pena, sino que se limita a señalar que la misma debe cumplirse en su totalidad. (Subrayado por el Despacho).

Atendiendo el texto anteriormente transcrito, que a propósito, releva al despacho de entrar en mayores consideraciones encaminadas a dejar en evidencia que la valoración que se haga del delito, como base de la conclusión que deba materializarse relativa a si el condenado puede o no ser beneficiado con la libertad condicional, es primordial y

constituye condición sine qua non para el otorgamiento de la gracia, en tanto que es ella la que debe dar la certeza de que el tratamiento penitenciario para fines de readaptación social y salvaguarda de la comunidad ya no es necesario, aspecto este que en este caso no es de factible aseveración si se tiene en cuenta la incuestionable gravedad de las conductas cumplidas por el procesado y su capacidad de daño, pues se concertó con varios individuos que junto a él fueron judicializados, para cometer de manera permanente acciones encaminadas a lavar activos provenientes del narcotráfico, o darles a dichos dineros, apariencia de legalidad, determinándose que el aquí condenado era quien administraba, almacenaba, custodiaba, resguardaba, ocultaba, transformaba e invertía dineros productos del narcotráfico, de propiedad de la organización de alias 'Gerald'... mediante la adquisición de vehículos o manejos de dineros a través de cuentas bancarias... creó la empresa AGROGAN H&M para la adquisición de bienes y muebles como los identificados con matrícula inmobiliaria (...) ubicados en Tumaco (Nariño)... determinó para que algunos bienes de la organización figurarán a nombre de testaferros como fue la empresa AGROGAN representada por su hermano Jorge Aníbal Melo Zambrano y el Hotel Villa Juliet en cabeza de Pedro Daniel Melo Zambrano, al punto de prestar su identidad para poner a nombre suyo un vehículo marca Nissan Pathfinder modelo 2017 de propiedad de la organización delictiva.

Ahora bien, tampoco puede soslayarse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ reiteró que para el análisis del otorgamiento de la libertad condicional, 'el juez de ejecución de penas debe verificar que la «regla general» y la «regla de excepciones» se satisfagan para determinar si le otorga o no al condenado el referido sustituto"; indicando que: 'En la primera pauta, debe verificar el cumplimiento de los requisitos específicos - objetivos y subjetivos -, regulados en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000. En la segunda, ha de constatar que el caso sometido a estudio no se encuentre excluido de beneficios, bajo las prohibiciones que contemplan al respecto los artículos 68A ejusdem, 26 de la Ley 1121 de 2006 o 199 de la Ley 1098 de 2006.

Superado lo anterior, es carga del funcionario judicial «valorar la conducta punible», lo que

implica que, atendiendo a la interpretación condicionada establecida por la Corte Constitucional mediante sentencias C-194/05 y C-757/14, «debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al condenado».

Es decir, el acatamiento de la regla general y de excepciones debe armonizarse con el estudio de: i) los aspectos que benefician al condenado y ii) la gravedad del comportamiento reprochado penalmente, pero bajo los términos en que tales aspectos fueron abordados por el juez de conocimiento al proferir la condena.’.

Adicionalmente, se tiene que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recientemente se pronunció en providencia STP9465, emitida el 26 de julio de 2022, dentro del expediente 125156 con la ponencia del Magistrado, Dr. Fernando León Bolaños Palacios, recordó que la Corte Constitucional en sentencias C-233 de 2016, T-640 de 2017 y T-265 de 2017: ‘determinó que, para facilitar la labor de los jueces de ejecución de penas ante tan ambiguo panorama, éstos deben tener en cuenta, siempre, que la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana.’.

Así mismo, enfatizó que ‘no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional a partir solo de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena también debe ser examinada por los jueces ejecutores, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que de contera ha de ser estudiado’, trayendo a colación conclusiones expuestas en el pronunciamiento STP15806 del 19 de noviembre de 2019, emitido dentro del expediente 1076447, en el que se indica que: ‘i) No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos, como

sucede con el artículo 68 A del Código Penal.

En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales;

ii) La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas;

iii) Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización.

Por tanto, la sola alusión a una de las facetas de la conducta punible, esto es, en el caso concreto, solo al bien jurídico, no puede tenerse, bajo ninguna circunstancia, como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal.

Esto, por supuesto, no significa que el juez de ejecución de penas no pueda referirse a la lesividad de la conducta punible para valorarla, sino que no puede quedarse allí. Debe, por el contrario, realizar el análisis completo.

iv) El cumplimiento de esta carga motivacional también es importante para garantizar la

igualdad y la seguridad jurídica, pues supone la evaluación de cada situación en detalle y justifica, en cada caso, el tratamiento diferenciado al que pueda llegar el juez de ejecución de penas para cada condenado.’.

Bajo aquellos parámetros jurisprudenciales, en posición contraria a los argumentos expuestos por el encausado y defensor contractual para aspirar a la concesión de este beneficio, queda Claro que la libertad condicional no puede otorgarse lisa y llanamente porque el condenado haya cumplido las 3/5 partes de la pena y haya observado buen comportamiento en el establecimiento carcelario, pues, al cumplirse por este despacho con esa labor analítica, es viable inferir que la gracia invocada no es dable, porqué, al valorarse las conductas agotadas por el procesado, relacionado con la incursión en un grupo integrado por más de 25 personas para blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico a través de adquisiciones de bienes inmuebles localizados en Bogotá, Cali, Eje Cafetero, Tumaco, Calima y Darién y bienes muebles consistentes en flotillas de vehículos de servicio público taxis y la incautación de dinero en efectivo por más de siete mil millones de pesos, evidencian en su persona un actuar grave que sólo permite inferir que nada garantiza con algún fundamento que a la hora de ahora se trate de persona readaptada, preparada para ingresar a la sociedad y no generadora de peligro para la comunidad.

En este punto, debe advertirse que muy a pesar de que el ciudadano NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO durante el internamiento intramural haya mantenido una conducta buena desde el 18 de enero de 2019 y que esta calificación haya trascendido y permanezca en grado de ejemplar desde el 26 de junio de 2020 en el establecimiento carcelario, no es prueba indicativa de haberse realizado una readaptación, cuando este comportamiento adoptado se encuentra ligado al acceso de otros beneficios relacionados con redención de pena por trabajo y/o estudio, pudiéndose afirmar, y se afirma con el mayor respeto, que se presenta como un despropósito por parte de los postulantes, obviar la gravedad de las conductas ejecutadas para hacerlo derecho de ese benigno tratamiento que se pretende cuando ha obrado cómo lo ha hecho, a decir verdad, dada la entidad de los comportamientos

reprimidos se presentaría como una grave afrenta para la inerme sociedad.

En este sentido, debe indicarse a los peticionarios que la documentación allegada con la solicitud de concesión del beneficio, inherentes a las actas, concepto conductual y la cartilla biográfica, enviadas por el Área Jurídica del centro de reclusión donde permanece purgando pena el sentenciado, constituyen nuevos elementos susceptibles de valoración para deducir si existe o no la necesidad de que este ciudadano continúe con la ejecución de la pena, como que a pesar de indicar que durante su tiempo de reclusión ha tenido buen comportamiento por no presentar anotaciones de indisciplina, amén de no existir otros requerimientos judiciales; sin embargo, esa información no resulta suficiente para concluir fundadamente que es innecesario el tratamiento penitenciario, pues está visto que el legislador involucró en el estudio del subrogado penal la modalidad y gravedad de la conducta, la misma que ahora impide en este momento la concesión del beneficio.”.

Contra esa determinación, tanto el accionante como su apoderado judicial interpusieron recurso de apelación; los cuales fueron resueltos por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Cali en providencia de 10 de marzo de 2023, la cual tuvo como fundamento para confirmar el proveído recurrido lo preceptuado en el artículo 64 del Código Penal modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, así como lo considerado por la Corte Constitucional en sentencias C-757 de 2014 y C-194 de 2005, y decisiones de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, todas relacionadas con los requisitos que deben tenerse en cuenta al momento de analizarse la viabilidad de conceder la libertad condicional.

Incluso, el juez de conocimiento puntualizó: “que ninguna de las modificaciones realizadas al artículo 64 de la Ley 599 de 2000 elimina el estudio de la gravedad de la conducta como requisito para la concesión de la libertad condicional y tampoco el régimen de las excepciones legales.”.

Luego de ello, al descender al caso concreto, estimó acertada la decisión del juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de negar la libertad condicional, con base en los siguientes argumentos:

“En este caso concreto, la decisión impugnada, presentó como único apoyo para la negativa a la concesión del beneficio de la libertad condicional del señor NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO, la calificación que se hace de la gravedad de la conducta, por lo que es claro para el Despacho que el Juez A Quo actuó de manera correcta al efectuar un responsable examen de la gravedad de la conducta punible por la cual fuera señalado responsable, pues no puede perderse de vista que el Juez Ejecutor sólo está facultado legalmente para otorgar dicho beneficio ‘previa valoración de la conducta punible’, lo cual implica considerar la naturaleza de las conductas materia de condena.

En esta línea, cuando el Juez de primera instancia, procede a estudiar la viabilidad de conceder o no el beneficio de la Libertad Condicional, no solamente tiene que limitarse al aspecto objetivo, es decir, por haber transcurrido el tiempo de condena y la redención de pena (haber cumplido las 3/5 partes) sino también el aspecto subjetivo que hace la diferencia para concederse el beneficio, proceder que exige la normatividad y lo ratifica la jurisprudencia, como quiera que de lo contrario, solamente se miraría el tiempo contemplado en la norma, tomando con igual medida, todos los delitos y su forma de ejecución, lo cual es contrario a lo que existe en la Política Criminal que considera que para conceder este tipo de beneficios se debe hacer las valoraciones objetivas como subjetivas, y de esa manera proceder a decidir.

En el caso concreto, y tal como arriba se manifestó, debe coincidir el suscrito Juez de Conocimiento cuando se valoró la conducta que fue objeto de sentencia, frente a este aspecto, pues si bien este Despacho no profundizó en lo referente a la gravedad de la conducta, lo cierto es, que en la sentencia de preacuerdo se hizo una reseña de los hechos que incriminaron al sentenciado NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO, donde se indicó, que el

condenado, se concertó con (...) y con otras personas miembros de una bien organizada banda criminal, con el fin de cometer de manera permanente acciones encaminadas a lavar activos provenientes del narcotráfico o darles a dichos dineros, apariencia de legalidad. Así mismo, se determinó que era quien administraba, almacenaba, custodiaba, resguardaba, ocultaba, transformaba e invertía dineros producto del narcotráfico, de propiedad de la organización de alias (...), dando a los mismos apariencia de legalidad lo que comúnmente se conoce como el blanqueo de dinero ilícito, lo cual fue el aspecto central para que el Juez de primera instancia negara la petición de libertad condicional, determinando que debe continuar con tratamiento penitenciario.

Ahora bien, de conformidad con lo reclamado por los apelantes, hay que advertir que el hecho que haya cumplido el señor NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO las 3/5 partes de la pena, de tener buena conducta durante el periodo privativo de su libertad, sin que exista noticias de que en el transcurso del cumplimiento de la pena haya tenido un comportamiento inadecuado, de estudiar y trabajar, y que la autoridad penitenciarias hayan conceptuado favorablemente sobre el otorgamiento de la libertad condicional, no implica que deba reconocerse 'per se', el beneficio deprecado, en razón a que se debe verificarse otros aspectos, que en forma alguna reemplazan el estudio que sobre la naturaleza de los delitos endilgados, entre otros, debe hacer el juez a la hora de decidir sobre la libertad condicional, lo cual se advierte, no se trata de hacer una nueva valoración de la conducta desplegada, porque tal acontecer fue tenido en cuenta por el ente acusador y planteado ante el Juez de Conocimiento, sino que se debe sopesar y valorar por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la capacidad delictual y envergadura del que hacía parte activa, el penado, en este caso, se reitera, que el sentenciado NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO, hacía parte de una banda criminal dedicada al agotamiento del blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico a través de adquisiciones de bienes muebles e inmuebles localizados en diferentes ciudades de este país, que su rol no era otro que ser persona de confianza de alias (...), pues se determinó que era quien administraba,

almacenaba, custodiaba, resguardaba, ocultaba, transformaba e invertía dineros productos de narcotráfico de propiedad de la organización de alias (...), y que ideó y determinó para que algunos bienes (empresa AGORGAN y el hotel VILLA JULIETH) de la mentada organización, figuraran dos de sus hermanos, lo que deja entrever que lideraba la organización criminal a las cuales se ha hecho aquí referencia.

De otra parte, pertinente es señalar a los recurrentes, que tener una buena conducta en privación de libertad, trabajar, estudiar y tener un buen concepto por parte de la Dirección Carcelaria, son prepuestos objetivos que los debe reunir todo condenado por cualquier tipo punible, porque el objetivo de la pena no es castigar por castigar, sino para que la persona tenga una rehabilitación y una enmienda de su comportamiento, esa es la finalidad de la pena, si los comportamientos son ajenos a la rehabilitación y solamente se dan con el objetivo de apresurar la libertad en forma maliciosa, la pena no está cumpliendo ningún objetivo, y por consiguiente se miraría solamente que la persona no está trabajando o estudiando o enmendado para su rehabilitación, sino para defraudar a la sociedad sin haberse dado la corrección esperada, cual es, la rehabilitación y resocialización de la persona para que tenga un buen desempeño futuro en el seno de la sociedad.

De ahí, que no son de recibo los argumentos de los recurrentes, porque tal como demostró en la decisión de primera instancia, si bien se cumplen el presupuesto objetivo, lo cierto es, que no se cumplen el presupuesto subjetivo, dada la naturaleza de la comisión de los delitos, pues se sabe jurídicamente que los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, LAVADO DE ACTIVOS y TESTAFERRATO, que son unas conductas socialmente reprochables, ya que la ejecución sigue generando consecuencias que se proyectan en el tiempo, sin que exista una clara reinserción social y una prevención especial, y atentando contra la prevención general conforme lo establece el artículo 4 del Código Penal.

Es que no puede olvidarse que la Judicatura, con sus decisiones, envía mensajes a la comunidad, que deben estar dirigidos a evitar nuevos comportamientos de naturaleza

semejante, ante la amenaza de una sanción sería y eficaz, fin que se desdibuja si quienes ejecutan ese tipo de comportamientos padecen sanciones punitivas ligeras, siendo el beneficio de libertad condicional, el control para la reinserción social.”.

Además de lo señalado, desestimó los argumentos del abogado recurrente referidos a que había lugar a aplicar lo considerado por la Corte Constitucional en el Auto 157 de 6 de mayo de 2020, lo anterior a en razón a que el estado de emergencia declarado con ocasión a la pandemia decretada ante el advenimiento de la enfermedad COVID – 19 ya había superado⁸.

Así mismo, negó la eventual concurrencia del principio de igualdad reclamado con sustento en las decisiones adoptadas por jueces homólogos respecto de los demás procesados de la causa en la que resultó condenado su patrocinado, esto último con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial⁹.

De cara al anterior panorama, la Sala advierte que los accionados negaron la libertad condicional al establecer que Nelson Efraín Melo Zambrano, de un lado, no acreditó el arraigo familiar y social y, de otro, no colmaba el presupuesto subjetivo basado en la valoración de la gravedad de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, lavado de activos agravado y testaferro, por las cuales fue condenado, pese al comportamiento durante el tiempo de reclusión.

Nótese cómo ante la ausencia de análisis frente a ese aspecto en la sentencia condenatoria, proferida con ocasión al preacuerdo celebrado entre el procesado, asistido por su defensor, y el delegado de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali acometió el estudio que correspondía, frente al cual el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad no encontró reparo alguno y, por el contrario, lo acogió para confirmar la decisión aquí censurada, con respeto del marco normativo y jurisprudencial para denegar la solicitud liberatoria.

Igualmente, lo considerado por el juzgado ejecutor en relación con la eventual necesidad de continuar privado de la libertad en las condiciones conocidas, no atiende a la valoración aquí exigida, si se tiene en cuenta que no hubo un estudio profundo y ponderado sobre los aspectos que pudieran resultarle beneficiosos al condenado, entre otros, la aceptación de cargos vía preacuerdo o la eventual inexistencia de antecedentes penales, tal y como lo exige la jurisprudencia citada.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que al verificar las consideraciones plasmadas en los autos de 18 de enero y 10 de marzo de 2023, proferidos por los Juzgados 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y 4º Penal del Circuito Especializado de Cali, respectivamente, de forma alguna se aludió a los aspectos favorables al actor al momento de emitirse la condena.

De acuerdo con la jurisprudencia reciente especializada citada en precedencia (CSJ AP2977-2022, rad. 61471, 12 jul. 2022 y CSJ AP3348-2022, rad. 61616, 27 jul. 2022) el juicio de valor efectuado por los demandados no atiende tales derroteros, pues, si bien no se desconoce la gravedad y afectación de los bienes jurídicos protegidos con las conductas punibles por las cuales fue condenado el actor, el razonamiento efectuado por los despachos judiciales demandados no satisface plenamente los estándares de valoración que deben realizar los jueces en fase de ejecución de la pena cuando se pronuncian en asuntos como el analizado.

Aunado a lo anterior, el juzgado ejecutor impuso tarifa legal para valorar el tema del arraigo social, en la medida que, frente a este tópico, con sustento en lo preceptuado en el artículo 23A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el canon 15 de la Ley 1709 de 2014, que hace referencia a los centros de arraigo transitorio, exigió: “certificado idóneo sobre su arraigo o constancia de vecindad (...) radicada en las autoridades administrativas municipales, Secretaría de Gobierno Municipal a través de los inspectores de policía”, sin que hubiese soportado ese requerimiento en disposición legal o jurisprudencial alguna; así como tampoco

definió porque los soportes allegados para acreditar tal requisito no satisfacían esa exigencia.

Y es que solo a manera de referencia, en relación con el presupuesto del arraigo familiar y social, esta Corporación, en un caso similar, guardadas las proporciones, en el que el estudio estaba dirigido a establecer la viabilidad de conceder a una persona condenada el subrogado de la prisión domiciliaria, estableció que:

«La expresión arraigo, proveniente del latín *ad radicare* (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades [...]10.»11.

Al respecto, se reitera, de acuerdo con las disposiciones legales y los referentes jurisprudenciales reseñados, es claro que los requisitos para acceder al subrogado pretendido están claramente definidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, disposición analizada en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin que se adviertan vacíos legislativos que deban ser suplidos por los juzgados ejecutores, como lo hiciera el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali en tratándose del arraigo familiar y social del condenado.

De cara a ese proceder, entonces, la Sala indica que no es dable a los juzgadores vigía establecer reglas que corresponde al legislador imponer, en el marco de la libertad de configuración legislativa, en el caso de la libertad condicional lo preceptuado en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, cuyo contenido normativo debe ser acatado por los administradores de justicia.

En esas condiciones, condicionar la acreditación de uno de los requisitos para acceder al mentado subrogado penal –arraigo social y familiar- a la particular percepción del juez

ejecutor, sin una fuente formal de soporte –constitución, ley, jurisprudencia, doctrina, etc.- puede abrir paso al desvanecimiento de la discrecionalidad y, por reflejo, al fortalecimiento de la arbitrariedad, lo cual está proscrito en el ordenamiento jurídico patrio; de ahí que tal exigencia documental resulte ser inapropiada, empero, dada su incorporación al plenario, hay lugar a valorarla.

Corolario de lo anterior, se dejarán sin efecto las providencias proferidas el 18 de enero y 10 de marzo de 2023, por los Juzgados 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y 4º Penal del Circuito Especializado de Cali que, en primera y segunda instancia, negaron la libertad condicional solicitada por el aquí accionante.

En consecuencia, se le ordenará al juez que vigila la sanción del actor que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, profiera una nueva decisión en la cual efectúe un análisis que sea acorde con los lineamientos brindados en el presente fallo de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, amparar el derecho fundamental al debido proceso de Nelson Efraín Melo Zambrano.

Segundo: Dejar sin efecto las providencias proferidas el 18 de enero y 10 de marzo de 2023, por los Juzgados 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y 4º Penal del Circuito Especializado de Cali que, en primera y segunda instancia, negaron la libertad

condicional.

En consecuencia, ordenar al Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, profiera una nueva decisión en la cual efectúe un análisis que sea acorde con los lineamientos brindados en el presente fallo de tutela.

Tercero: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 “María Isabel Arboleda Rojas, Rad. 11001-6000-096-2017-00234. Jean Paul Borrero Arboleda. Rad. 11001-6000-000-2019-00734. Roberto Pesca. Rad. 11001-6000-000-2019-00745. Eider Augusto Arboleda Rojas. Rad. 11001-6000-000-2019-00746.”.

2 Ver sentencias C-590 de 2005 y T-865 de 2006.

3 En la sentencia CC T-388-2013, la Corte Constitucional reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país (que ya había sido declarado en la sentencia CC T-153-1998), oportunidad en la que mencionó que «la política criminal colombiana se ha caracterizado por ser reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación

empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, subordinada a la política de seguridad, volátil y débil. Estas características resultan problemáticas, en tanto, desligan la política criminal de sus objetivos principales: combatir la criminalidad y lograr la efectiva resocialización de los condenados». Postura reiterada en la sentencia CC T-762-2015, en la que se dijo que «la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena»

4 “Descuenta la sanción penal de 8 años y 3 meses de prisión desde el día 19 de noviembre de 2018, por lo que, a la fecha de emisión del presente auto, en prisión intramuros ha purgado un total de 04 años y 60 días; por redenciones de pena, incluida la reconocida en esta providencia, ha descontado: 04 meses y 22 días, 04 meses y 02 días, 02 meses y 12 días y, 01 meses y 11.5 días, guarismos que sumados entre sí, arrojan como resultado que ha purgado un total de 62 meses y 17.5 días, lapso que resulta ser superior a los 59 meses y 12 días que equivalen las tres quintas partes de la sanción impuesta y con ello se puede predicar el cumplimiento del requisito del que nos ocupamos.”.

5 “Conforme a la documentación aportada, obran en el expediente constancias que permiten suponer que el tratamiento penitenciario recibido por NELSON EFRAÍN MELO ZAMBRANO ha dado resultados acordes con los reglamentos carcelarios. Ello en el supuesto que su conducta ha sido calificada como BUENA y EJEMPLAR en el tiempo de reclusión formal, pronóstico comportamental favorable a los intereses del sentenciado, además de haberse emitido resolución favorable para el otorgamiento de la libertad condicional. En consecuencia, se puede manifestar que las funciones primordiales de la pena no se han cumplido en este caso.”.

6 STP8066 emitido el 29 de septiembre de 2020 dentro de la radicación interna 112739, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

7 Cfr. CSJ STP15806-2019 rad. 107644 19 nov. 2019 y CSJ STP4236-2020 rad. 1176/111106 30 jun. 2020.

8 “Finalmente y en lo que tiene que ver con lo expuesto por el Apoderado Judicial del señor MELO ZAMBRANO, al referir que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial señalado por la Corte Constitucional, en el Auto 157 del 6 de Mayo del 2020, en donde determina que es urgente proteger los derechos fundamentales de la población carcelaria en razón, de la crisis sanitaria que vive el mundo y el país, a este respecto se puede decir, que en estos momentos la situación traída por el abogado, ha sido superado con creces por las autoridades sanitarias de lo cual se puede considerar que la discusión jurídica no es acorde al momento real de la sociedad.”.

9 “Así mismo, pertinente es indicar que lo arrimado por el precitado abogado, con respecto de la concesión del beneficio de la libertad condicional a integrantes de la banda delincuencia del que hacía parte el penado MELO ZAMBRANO, se debe decir, que existe el principio de autonomía e independencia judicial, siempre con los argumentos legales y jurisprudenciales correspondientes en cada caso concreto y frente a la situación fáctica y jurídica de cada sujeto, sin tener conocimiento claro, al no ser de nuestra competencia, observar cada situación frente a las demás personas que informan, han sido condenadas, por manera, que no son de recibo y no son de aceptación forzosa dentro de las autoridades judiciales que se encuentran en el mismo nivel de competencia, ya que los despachos judiciales solamente están forzados a cumplir la ley y la jurisprudencia vinculante. Así las cosas, este Despacho Judicial confirmará la decisión materia de apelación.”.

10 CSJ SP6348-2015, 25 may. 2015, rad. 29581.

11 Cfr. CSJ STP3410-2023, 11 abr. 2023, rad. 129520.