

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

Radicación n° 132971

Acta No 179

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por Diego Fernando Díaz Solís, a través de apoderado, respecto del fallo proferido el 15 de agosto del año en curso por la Sala de Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en virtud del cual negó la solicitud de amparo impetrada en contra de los Juzgados Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga y Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y dignidad humana.

Al presente trámite fueron vinculados el INPEC Buga y el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la mencionada localidad.

ANTECEDENTES Y DEMANDA

De acuerdo con la información aportada al proceso y la suministrada en la demanda constitucional, se sabe que mediante sentencia dada el 22 de enero de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito de Tumaco -hoy Primero Penal del Circuito Especializado de esa localidad-, Diego Fernando Díaz Solís fue declarado penalmente responsable por la comisión del

delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado -hechos ocurridos el 24 de febrero de 2018-, razón por la cual se le impuso una pena de 128 meses de prisión, ello conforme con el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado.

Por considerar que reunía las condiciones legales de orden objetivo, el accionante solicitó ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga la concesión de su libertad condicional, pretensión que fue despachada desfavorablemente en auto del 18 de abril de 2023, pues se consideró que el penado no cumplía con el requisito subjetivo para acceder a dicho subrogado, decisión que fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco en proveído del 12 de julio de 2023.

Resalta el libelista que la solicitud de libertad condicional «se formuló de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 64 del Código Penal modificado por la ley 1709 de 2.014 que establece los requisitos para tal efecto y con ocasión de la reforma a la libertad condicional efectuada a través de la Ley 1709 de 2014, no se impone como requisito subjetivo la valoración de la gravedad de la conducta, que anteriormente era tomada en cuenta para la aplicación de éste mecanismo según la Ley 1453 de 2.011», y agregó que, en todo caso, «la libertad condicional no está excluida para los condenados por los delitos que se mencionan en el artículo 68 A del Código Penal, en virtud a que este mismo artículo- en su parágrafo 1-».

El demandante en tutela cuestiona las providencias en mención por cuanto que «los despachos accionados utilizaron como argumento principal para denegar la solicitud de libertad condicional que no se cumplió con el factor subjetivo que no es otro que, “la valoración de la gravedad de la conducta”, convirtiéndose per se en un obstáculo para entrar a conceder el subrogado penal, ignorando que se cumplió a cabalidad con todos los requisitos, significando con su decisión que la condena deba entonces convertirse en un castigo permanente, desconociendo que en la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización...».

Así las cosas, el accionante solicita se proteja los derechos fundamentales de su representado y que, como consecuencia de ello, se disponga dejar sin efectos las decisiones de primera y segunda instancia que le negaron la solicitud de libertad condicional a Diego Fernando Díaz Solís.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto negó la solicitud de amparo por estimar que las decisiones cuestionadas se ofrecen como razonables, pues a su juicio, «en la unidad decisoria se abordó, en primer término, el cumplimiento de los aspectos objetivos en cuanto a tiempo purgado intramuros y redenciones punitivas y luego el componente subjetivo conformado por la gravedad de la conducta, el comportamiento en prisión y el proceso resocializador, solo que al ponderar todos estos factores los jueces especialmente el de conocimiento que funge como segunda instancia consideran que los últimos no son suficientes para superar el primero.»

De ese modo, descartó que las providencias impugnadas hubieran incurrido en algún defecto por violación directa a la constitución, concluyendo entonces que en el presente evento se está ante una simple inconformidad del actor con el hecho de que sus pretensiones no hubieran sido acogidas por las autoridades accionadas.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante en tutela impugnó el fallo de primer grado y, con miras a lograr su revocatoria, señaló que el mismo «no se ajusta a la plataforma fáctica que dio origen a la tutela ni a los derechos impetrados», ello por cuanto que no se tuvo en cuenta el hecho de que, a partir de la expedición de la Ley 1709 de 2014, ya no se exige el requisito subjetivo referente a la valoración de la gravedad de la conducta, al momento de estudiar la concesión de la libertad condicional, pues ello se erige como un obstáculo para entrar a estudiar dicho subrogado.

A continuación, el recurrente replicó en extenso los argumentos que ya habían sido expuestos en el libelo introductorio, para de ese modo concluir que a su representado sí le fueron desconocidos sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, de la cual esta Sala es superior funcional.
2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. En el presente caso, la Sala estima que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el A quo acertó al negar la solicitud de amparo presentada por Diego Fernando Díaz Solís, ello tras estimar que las providencias objeto de cuestionamiento, esto es, las proferidas el 18 de abril y 12 de julio de 2023 por los Juzgados Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga y Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, respectivamente, en virtud de las cuales le negaron a dicho ciudadano su libertad condicional, constituyen una decisión razonable.
4. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Con el fin de atender la queja constitucional propuesta, importa precisar que la

jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela cuando se propone contra decisiones judiciales se torna excepcional, toda vez que lejos está de ser una instancia adicional a la cual se pueda acudir con el fin de derruir sus efectos, salvo que concorra una vía de hecho, criterio que se ha venido desarrollando por las causales específicas de procedibilidad.

En tal virtud se han fijado una serie de pautas con las cuales se restringe el uso y el abuso del mecanismo constitucional, de manera que quien acuda a él realmente lo emplee como el último recurso a su alcance, pues de lo contrario se atenta contra la estructura de las jurisdicciones y procedimientos que previamente han sido fijados, resaltándose así la naturaleza residual y subsidiaria de la acción.

En ese sentido, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: genéricos y específicos, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada y contrariar su esencia, que no es distinta a denunciar la transgresión de los derechos fundamentales.

Dentro de los primeros se encuentran a) que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional, que afecte derechos fundamentales; b) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; c) que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo; d) que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; e) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y, además, que esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible, y f) que no se trate de sentencias de tutela.

Los segundos, por su parte, apuntan a que se demuestre que la providencia adolece de

algún defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución.

En ese orden, el interesado debe demostrar de manera clara cuál es la irregularidad grave en la que incurrió el funcionario judicial, el efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y cómo afecta sus derechos fundamentales. No basta con aducir cualquier anomalía o desacierto dentro del proceso para que por vía de amparo pueda revisarse la actuación de un funcionario judicial, en tanto que el juez constitucional no es una instancia adicional revisora de la actuación ordinaria.

En otros términos, es factible acudir a la tutela frente a una irrazonable decisión judicial. Y el error de la autoridad debe ser flagrante y manifiesto, pues no puede el juez constitucional convertirse en un escenario supletorio de la actuación valorativa propia del juez que conoce el proceso. Ello desconocería su competencia y autonomía.

5. Del caso concreto.

5.1. Con fundamento en la demanda de tutela y los demás elementos de convicción que reposan al interior del expediente constitucional, la Sala estudiará la procedencia de la presente solicitud de amparo en contra de providencia judicial.

Inicialmente, resulta incuestionable que se está frente a un asunto de relevancia constitucional, pues se trata de analizar si los Juzgados Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga y Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, vulneraron los derechos fundamentales del accionante al proferir los autos del 18 de abril y 12 de julio de 2023, en virtud de los cuales le negaron su solicitud de libertad condicional.

Se corroboró que la parte actora no cuenta con otro medio de defensa distinto al de la acción de tutela, pues la queja constitucional incluye la decisión de segunda instancia donde

se resolvió confirmar la negación del subrogado penal ya mencionado.

También se encuentra satisfecho el principio de inmediatez, pues el proveído que se cuestiona, y que puso fin al trámite ordinario, data del 12 de julio de 2023, en tanto que la demanda constitucional fue promovida el día 31 de ese mismo mes y año, de donde se extrae que se hizo dentro de un plazo prudente. Igualmente se determinó que la parte actora identificó de forma razonable, tanto los hechos que originaron la vulneración denunciada como los derechos que estima afectados, lo que permite establecer que el defecto denunciado, de ser existente, sería de gran relevancia e impactaría de manera determinante en las resultas de la actuación valorada, la cual, dicho sea de paso, no corresponde a otro trámite de tutela.

5.2. Así, satisfechas las causales de orden general, procede la Corte a estudiar las de índole especial, con el fin de establecer si dichas providencias se encuentran inmersas en algún tipo de defecto que pueda llevar a su invalidación.

5.3. La Corte Constitucional, desde la providencia CC C-194 de 2005, sobre el estudio de la valoración de la conducta como primer elemento a evaluar del artículo 64 del Código Penal, modificado en esa época por el artículo 5 de la Ley 890 de 2004, sentenció:

«Cuando la norma acusada dice que la libertad condicional podrá concederse previa valoración de la gravedad de la conducta, no significa que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quede autorizado para valorar la gravedad de la conducta. Lo que la norma indica es que dicho funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento, como criterio para conceder el subrogado penal. Adicionalmente, el juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución

no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuales son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión. Por ello, la pretendida triple coincidencia de elementos, que configurarían una agresión al principio del non bis in ídem, se rompe como consecuencia de la ausencia de los dos últimos, pues la segunda valoración no se hace con fundamento en el mismo juicio ni sobre la base de los mismos hechos.» (Destaca esta Sala)

Tal criterio se mantiene vigente dentro del esquema constitucional imperante en nuestro ordenamiento jurídico penal, como se observa en la posterior sentencia CC C-757 de 2014, en donde la guardianiana de la Carta, al estudiar la constitucionalidad condicionada del referido canon, ahora modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, expuso la siguiente ratio decidendi:

«En primer lugar es necesario concluir que una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas para decidir acerca de su libertad condicional es exequible a la luz de los principios del non bis in ídem, del juez natural (C.P. art. 29) y de separación de poderes (C.P. art. 113). Por otra parte, dicha norma tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno (C.P. art. 93), pues no desconoce el deber del Estado de atender de manera primordial las funciones de resocialización y prevención especial positiva de la pena privativas de la libertad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 10.3 y Convención Americana de Derechos Humanos art. 5.6). Sin embargo, sí se vulnera el principio de legalidad como elemento del debido proceso en materia penal, cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas deben valorar la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional sin darles los parámetros para ello. Por lo tanto, una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las

personas condenadas a penas privativas de su libertad para decidir acerca de su libertad condicional es exequible, siempre y cuando la valoración tenga 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. Finalmente, la Corte concluye que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben aplicar la constitucionalidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados.» (Énfasis de la Sala)

De acuerdo con ese contenido jurisprudencial, como ya lo ha dicho esta Sala pretéritamente (STP5650-2022, rad. n° 123305, 5 may. 2022, entre otras) es claro que la Corte Constitucional determinó cuál es la función del juez de ejecución de penas al momento de pronunciarse frente a una solicitud liberatoria condicionada, y de acuerdo a ésta, cuál es la valoración de la conducta punible que debe efectuar, la cual, sano es aclarar, recae en un estudio conforme con el contenido de la sentencia condenatoria, sin que le sea dable desarrollar nuevos análisis con fundamento en nuevos argumentos, que no se encuentren incluidos en la providencia de responsabilidad penal.

Debe destacar también la Sala que esta Corte, en recientes decisiones, amplió aún más la concepción imperante acerca de 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) al explicar:

«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 inculpado, 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 sociales¹.

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».

En similar sentido, en decisión más reciente que la anterior, esta Corporación, (CSJ AP3348-2022, rad. 61616, 27 jul. 2022) asimismo, expuso:

«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 colombiana², 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.»

En fase de ejecución de la pena, el accionante solicitó al Juzgado que vigila su sanción la libertad condicional, autoridad que negó ese beneficio mediante auto del 18 de abril de 2023, donde luego de verificar el cumplimiento de los aspectos de orden objetivo, pasó a realizar las siguientes consideraciones:

Como primera medida indicó que, de acuerdo con lo normado en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, era necesario proceder a realizar una «valoración de la conducta punible», ello en consonancia con la correspondiente «demostración de su buena conducta en el establecimiento penitenciario de tal forma que permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena; factores éstos que se deben armonizar con las funciones de la pena.»

Más adelante, tras efectuar citas jurisprudenciales relacionadas con la valoración de la conducta, el Juez de penas acotó:

«Armonizada la preceptiva legal y la orientación constitucional, corresponde concertarlas con los fines que de la pena se persiguen en un Estado social y democrático de derecho; pues, si bien, uno de estos cometidos es la resocialización, no podemos pasar por alto el potencial peligro y el impacto que conductas como la enrostrada causan en la colectividad.

Digamos que si bien, en sede de prevención especial positiva se acredita que los ajusticiados cumplen su cometido de observar buena conducta dentro del establecimiento carcelario y sobre ello, el Consejo de Disciplina o en su defecto el Director del Establecimiento Carcelario conceptúa que el condenado DIAZ SOLIS en la actualidad se

encuentra en FASE DE MINIMA SEGURIDAD, no puede soslayar la instancia la necesidad de prevención general positiva, que transmite generalizadamente a la sociedad que conductas de tanta trascendencia social no van a quedar impunes o trivialmente sancionadas o benévolamente tratadas; máxime si se tratan de hechos punibles como el cometido por el sentenciado DIEGO FERNANDO DIAZ SOLIS, que permiten establecer que nos encontramos frente a una persona que ha desarrollado una conducta de gravedad, pues al respecto téngase en cuenta lo consignado en el Escrito de Acusación que imparte la Fiscalía General de la Nación, que el citado condenado ha incurrido en la comisión de conductas criminosas calificadas como GRAVES como quiera que al momento de ser privado de la libertad transportaba en una embarcación marítima sustancias alucinógenas en una cantidad de 982 Kilos de Cocaína aproximadamente.

Un análisis de la actividad desarrollada por el condenado permite establecer que nos encontramos frente a una persona que ha desarrollado una conducta de gravedad, lo cual genera reproche por este Despacho, habida cuenta el peligro que ocasiona a la comunidad el actuar de personas que no tienen la capacidad de medir las consecuencias de sus actos en el sentir de este Despacho reviste peligrosidad, de manera que el mensaje debe direccionarse a que las personas que piensen cometer conductas como las desarrolladas en las diligencias se detengan a pensar en las consecuencias que le acarrearán y no sólo a allanarse a los cargos para obtener una rebaja y posteriormente cumplir las 3/5 partes de la pena y obtener del Consejo de Disciplina se certifique una buena o ejemplar conducta, pues lo trascendental es que desempeños como los enrostrados a DIAZ SOLIS, de evidente peligro para la comunidad, no se vuelvan a cometer y ello debe ser así porque al Estado le corresponde el deber de hacer prevalecer los fines de “protección” de la sociedad, asegurando a los coasociados una armónica y pacífica convivencia, y es que a la luz del sentido común no se ve con buenos ojos que personas que desarrollan conductas contrarias al ordenamiento jurídico, como la desarrollada por el aquí castigado, regresen en forma prematura a la comunidad a la que defraudaron contrariando los fines de la pena.

Si bien DIAZ SOLIS, ha observado buen comportamiento intramuros, no son los únicos requisitos que se deben superar para acceder a la libertad condicional, considera esta Judicatura que debe sentarse un precedente en el sentido de que las personas que cometen el tipo de delitos como el enrostrado, sientan las consecuencias de su actuar, cumpliendo la totalidad de la pena impuesta en el centro carcelario, y que ese tiempo de reclusión les sirva para reflexionar sobre el daño causado al círculo familiar de la víctima y procuren lograr una resocialización, para poder reincorporarse a la sociedad como ciudadanos de bien; pero dejarlos en libertad es llevar un mensaje de impunidad a la comunidad máxime cuando éste fue la más afectada debido al alto impacto que causa en la sociedad civil éste tipo de hechos.

De manera que en el sentir de este Despacho, la retribución, moralidad, y justicia; que se derivan de la responsabilidad penal, encierra un compromiso moral y de PREVENCIÓN GENERAL COMO FINALIDAD DE LA PENA concebida como ejemplarizante, para obtener de esta manera una disminución de la actividad criminal.»

Con fundamento en la anterior exposición de motivos, el Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga concluyó que, en el asunto de marras, «no se cumple el factor subjetivo, actualidad que de plano se convierte en obstáculo para entrar a conceder el subrogado penal reclamado, en cuanto los requisitos deben cumplirse en forma integral y simultánea, de manera que fallido sólo uno de ellos, no queda camino diferente a. denegar el mismo, debiendo cumplir su pena en el Establecimiento Carcelario donde actualmente se encuentra privado de la libertad.»

5.5. La anterior decisión fue objeto de recurso de apelación por parte del abogado defensor de Diego Fernando Díaz Solís, profesional del derecho que sustentó su alzada a partir de la misma argumentación en la cual se encuentra fundada la presente acción de tutela, esto es que, básicamente, para efectos de estudiar la concesión de una libertad condicional, no se puede hacer una valoración sobre la conducta por la cual fue sancionada la persona que la

depreca, sino que el Juez de penas simplemente se debe limitar a verificar la concurrencia de los requisitos objetivos previstos por la Ley penal para tal efecto.

5.6. Mediante auto del 12 de julio del año en curso, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco resolvió confirmar la decisión apelada, ello teniendo en cuenta las siguientes valoraciones:

Partió el Ad quem por indicar que, tal y como lo había expuesto el Juez de penas, en el presente asunto se encontraban satisfechos los requisitos de orden objetivo establecidos en el artículo 64 del Código Penal para efectos del otorgamiento de la libertad condicional, acto seguido, abordó la temática relacionada con la valoración de la conducta, exigencia contenida en la referida norma desde que fue modificada por la Ley 1709 de 2014.

Habiendo fijado como punto de partida dicha temática, la cual constituye el eje central de la discusión propuesta por el recurrente, el Juez de segundo grado manifestó:

«En ese sentido, según lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-757 de 2014, en el proceso de valoración de la conducta punible se incluyen los aspectos favorables y desfavorables, por supuesto, teniendo en cuenta el contenido de la sentencia condenatoria.

Así entonces, contrario a lo manifestado por el recurrente, el estudio realizado por la jueza de ejecución de penas no es distinto al efectuado en la sentencia condenatoria por este Despacho Judicial, toda vez que, pese a cumplir los requisitos objetivos exigidos en la mencionada normatividad penal, descartó la procedencia de la libertad condicional tras constatar la gravedad de la conducta delictiva en que incurrió el procesado, concluyendo necesaria la ejecución de la pena como retribución justa aparte de la prevención especial y la reinserción social; análisis que no desborda los argumentos planteados por esta judicatura en pronunciamiento del 22 de enero de 2019.

En efecto, tal como lo indicó esta Agencia Judicial y teniendo en cuenta que no se observan circunstancias adicionales o diferentes a las planteadas en dicha oportunidad, se reitera que la posibilidad de conceder la libertad condicional al señor DIEGO FERNANDO DÍAZ SOLÍS, debe ser contemplada a la luz de los requisitos objetivos dispuestos en el artículo 64 del estatuto punitivo, como de la previa evaluación de la conducta.»

Acto seguido el juez de segundo grado abordó el estudio del caso particular del siguiente modo:

«...en el caso concreto debe tenerse en cuenta que según el material probatorio recaudado por la fiscalía el encartado fue capturado el 24 de febrero de 2018, durante un control de tráfico marítimo en aguas jurisdiccionales de Colombia, cuando fue interceptada una motonave en la que se encontró 851 paquetes que contenían OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO (sic) (840.788) gramos de COCAÍNA Y SUS DERIVADOS.

Así las cosas, resulta pertinente destacar que se trata de una persona involucrada en el injusto de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO, tipificado en el artículo 376 y numeral 3 del 384 del C.P., punible que implica un grave peligro para la comunidad y es de especial connotación en la costa pacífica nariñense (...).»

Y más adelante continúa con su valoración bajo los siguientes términos:

«... para el otorgamiento de la libertad condicional, se deben (sic) reunir la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 64 del C.P., situación que no ocurre en este evento, toda vez que al valorar la conducta punible por la que fue condenado se observa que, en razón tanto de la modalidad de su proceder como por la gravedad, no es viable la excarcelación anticipada.

No cabe duda de que el pronóstico de la evaluación de la conducta para este efecto resulta negativo, puesto que representa mayor gravedad, lo cual tiene estrecha relación con las

funciones de la pena que comprenden la prevención especial que impone, en asuntos como el que se estudia, la necesidad de la ejecución carcelaria de la misma, por cuanto las conductas por las que se condenó son de aquellas que mayor reproche merecen por su perversidad.

Otra de las finalidades de la pena es la prevención general, que a su vez tiene como objeto garantizar la tranquilidad de la comunidad la cual puede verse quebrantada cuando los asociados ven que quienes han atentado gravemente contra sus intereses, son sujetos de beneficios por parte de la Ley Penal, igual les queda una sensación de impunidad, antes que recibir un mensaje de que las personas que cometen delitos graves tendrán consecuencias reales y serias.»

Tras explicar en extenso la interpretación jurisprudencial que se le ha dado al contenido del artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014 y, cómo valorar la conducta al momento de analizar el otorgamiento de la libertad condicional no constituye una afectación del principio de non bis in ídem, el juez de segundo grado pasó a indicarle al recurrente los motivos por los cuales no le asistía razón respecto a su planteamiento de tener que excluirse la valoración de la conducta al momento de estudiarse la concesión del subrogado solicitado. Al respecto se puede leer en el auto cuestionado:

«Por lo tanto, el comportamiento del sentenciado merece una calificación negativa, situación que no puede desconocerse, puesto que es uno de los requisitos establecidos en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 y debe ser examinado con dicha amplitud. No es viable prescindir de su examen, ni limitarlo, o dejarlo a un lado para conceder el beneficio, ni tampoco evitar o eludir las consideraciones del sentenciador, en procura solo de tener en cuenta aspectos favorables, como un allanamiento o la aceptación preacordada de responsabilidad.

Además, tampoco puede predicarse doble incriminación, por lo contrario, la Corte

Constitucional en su línea jurisprudencial vigente ha mantenido el criterio de que la “gravedad” de la conducta es una, y no puede desconocerse por el juez ejecutor de la sentencia.»

Continuando con el estudio del caso, el Ad quem abordó el análisis sobre el desarrollo del tratamiento penitenciario, así:

«Ahora bien, respecto al comportamiento del penado al interior del centro de reclusión fue valorado por el Juez ejecutor, como se anotó, se ha tenido en cuenta dicho aspecto no solo para efectos de redimir pena, sino también para estudiar su solicitud de libertad condicional, siendo favorable para lo primero y desfavorable para lo segundo.

(...)

En efecto, si bien se desprende de la documentación compilada en el expediente por el juzgado de instancia que el sentenciado se ha dedicado a labores de trabajo y estudio, se insiste ello no es suficiente para acoger su pretensión, en tanto debe valorarse también los intereses de la sociedad, incluido el mensaje que la Judicatura debe transmitir a ésta, en el sentido de que quien atenta contra los principios que fundan nuestra organización social deben cumplir las consecuencias de su actuar.

Lo anterior no implica que se desconozca el buen comportamiento que el justiciado ha observado al cumplir la pena, ni la resocialización que en él está operando al interior del penal, sino que el Estado, en cabeza de la Judicatura, debe dar primacía a los intereses de la sociedad.»

Bajo esas consideraciones el Juez de segundo grado concluyó:

«En definitiva, a juicio de esta Despacho (sic), el comportamiento del sentenciado es indicativo de que requiere un mayor tiempo para cumplir el propósito de su reclusión, y que,

ante un juicio de proporcionalidad entre su derecho a la libertad y los derechos de los asociados a la paz y la defensa del orden social justo, deben prevalecer los segundos, ante la magnitud de la conducta en que incurrió.

En ese orden de ideas, es evidente que, sin entrar en nuevas valoraciones de la conducta, dado que se hizo un profundo análisis al proferir la sentencia condenatoria, resulta improcedente acceder a la concesión de la libertad condicional, en tanto, el mensaje de impunidad que se enviaría a la sociedad en general sería de carácter negativo en relación con fenómenos delincuenciales como el tráfico de estupefacientes, que representan un grave peligro para la sociedad.»

6. Argumentos que, confrontados con la sentencia condenatoria³ proferida en contra de Diego Fernando Díaz el 22 de enero de 2019, permiten su ratificación, pues se observa que los juzgados de primera y segunda instancia, en sede de ejecución de la pena, realizaron una adecuada y ponderada labor de raciocinio y argumentación, de cara a la negación del subrogado de libertad condicional deprecado por Diego Fernando Díaz Solís, de modo que esas providencias resultan ser razonables, a la luz de la valoración constitucional que acá se efectúa.

En efecto, aunque los jueces demandados en tutela centraron su determinación en valorar la conducta por la cual fuera condenado Díaz Solís, no puede desconocerse que también hicieron mención acerca de aspectos que debían ser tenidos en cuenta para adoptar la decisión que se les requería, como por ejemplo los relacionados con el modo en el que se ha desarrollado el proceso de resocialización del condenado hasta este momento e, incluso, se hizo mención al hecho de que la pena impuesta a ese ciudadano fue producto de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, situación a la que no se le dio mayor relevancia toda vez que el A quo estimó era un aspecto que no lograba sobreponerse a la gravedad de los hechos que originaron la condena.

En ese sentido, como pudo verse en acápite anterior cuando se hizo referencia acerca del contenido de los autos objeto de cuestionamiento, los jueces se pronunciaron con respecto al adecuado proceso de resocialización que ha venido adelantando el accionante, resaltando que Díaz Solís ha observado un buen comportamiento dentro del centro penitenciario, al punto que ha obtenido buenas calificaciones en ese aspecto y se encuentra categorizado en fase de mínima seguridad, lo cual le valió concepto positivo por parte del INPEC para la concesión de su libertad condicional, para finalmente concluir que ese aspecto, por bueno que sea, no logra ceder ante la entidad de la conducta por la cual fue penalmente sancionado.

Asimismo, fueron contundentes las autoridades accionadas en señalar que, dado el grado de afectación causado por el accionante a la sociedad, era preciso que continuara su tratamiento penitenciario, primero para resguardar a la comunidad de su actuar y, segundo, para persuadirlo de que reincida en su proceder criminal, aspectos que se ofrecen razonables al momento de sustentar la negativa de libertad condicional acá estudiada.

7. Aunado a lo anterior, pertinente resulta resaltar cómo, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, procedió a explicarle tanto a Diego Fernando Díaz como su apoderado que, contrario a lo que ellos creen, al momento de resolver una solicitud de libertad condicional sí es necesario efectuar valoraciones sobre la conducta que originó la sanción, ello por cuanto se trata de una exigencia normativa contenida en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014.

Al respecto, de indicarse que la explicación allí consignada, además de ser clara y precisa, se acompasa con los criterios jurisprudenciales que sobre ese tema han fijado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como la Corte Constitucional, razón por la cual, ha de decirse, no existe razón alguna para derivar de allí vulneración de derechos alguna que pueda afectar las garantías del accionante.

8. En síntesis, lo decidido por las autoridades judiciales accionadas, descansa sobre criterios de interpretación razonable y es fruto de un serio análisis frente a la situación evaluada en ese momento. De tal suerte que la actual inconformidad que se expresa en el libelo constitucional no se remite a la vulneración de garantías, sino la insistencia en una pretensión que fue descartada por la autoridad judicial correspondiente, motivo por el cual, se impone la necesidad de confirmar la negativa del amparo deprecado.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sala de Decisión de Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

En Permiso

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

2 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».

3 Se obtuvo en segunda instancia por el despacho ponente ante su ausencia en el expediente enviado, a través del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.