

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N.º 2

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

STP16956-2018

Radicación 101754

Acta 395

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala la acción de tutela instaurada por MARTHA ISABEL BOJACÁ GARZÓN, en procura del amparo de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado 8 Penal del Circuito de Especializado de Bogotá, así como a las partes e intervinientes del proceso descrito en la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

Según se establece de la actuación, MARTHA ISABEL BOJACÁ GARZÓN se encuentra reclusa en el Establecimiento Carcelario de Mujeres de Bogotá el Buen Pastor, descontando la pena de 360 meses de prisión y multa de 5.000 smlmv, tras ser hallada penalmente responsable como coautora de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y hurto calificado y agravado.

Tras considerar reunidos los requisitos previstos en el artículo 64 del Código Penal por haber descontado las 3/5 partes de la pena, la accionante solicitó la libertad condicional. Sin embargo, en auto del 9 de febrero de 2017, el Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá emitió decisión desfavorable, por cuanto los hechos -5 de junio de 2002- ocurrieron en vigencia de la Ley 733 de 2002 y, por ello, le es aplicable lo establecido en el artículo 11 de esa normativa.

Inconforme con dicha determinación, la parte actora promovió el recurso de apelación y el 26 de septiembre de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó, pero por diferente motivo. Aclaró, que la norma aplicable al caso es el contenido del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004 y, bajo ese presupuesto, la accionante no cumplía la

totalidad de los requisitos, pues no había descontado las 2/3 partes de la pena.

En observancia a lo indicado por el Tribunal en proveído del 26 de septiembre de 2017, el Juzgado accionado estudió nuevamente la petición de libertad condicional promovida por la accionante. Así las cosas, tras la aplicación del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004, concluyó que debido a la gravedad de la conducta, BOJACÁ GARZÓN incumple el requisito subjetivo y, por ello, negó la solicitud. Decisión confirmada en auto del 9 de mayo siguiente, por el Tribunal.

La accionante insistió una vez más en su pedimento, por lo que, en auto del 31 de agosto de 2018, el Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá le indicó que debía estarse a lo resuelto en los autos del 25 de enero y 9 de mayo de 2018, respectivamente.

Afirmó la parte actora que las autoridades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad, pues aunque cumplió el requisito objetivo, cumplió las 3/5 partes de la condena, continua privada de la libertad con lo cual se desconoce el principio de favorabilidad. En consecuencia, solicitó que se dejen sin efecto las decisiones censuradas y se ordene su libertad inmediata.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

Por auto del 16 de noviembre de 2018, la Sala admitió la demanda y corrió el respectivo traslado a los sujetos pasivos aludidos.

El Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, relató el decurso de la actuación y defendió la legalidad de sus decisiones de las cuales allegó copia.

Aclaró, que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 733 de 2002, por ende le es aplicable a la demandante la exclusión contenida en el artículo 11 de esa normativa. En ese orden, agregó que la derogatoria tácita de dicha exclusión se dio con posterioridad a la comisión de los hechos -5 de junio de 2002- y con anterioridad al fallo de condena -14 de diciembre de 2007-, estando vigente para esta última fecha, el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 que reproduce la referida exclusión, para el momento de la consolidación de los requisitos para acceder al subrogado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Al tenor de lo normado en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, la Sala es competente para resolver este asunto en primera instancia, por cuanto

el procedimiento involucra un tribunal superior de distrito judicial.

El propósito de la presente acción constitucional es determinar si las decisiones emitidas en primera y segunda instancia por las autoridades judiciales accionadas, vulneraron los derechos fundamentales de la accionante, al negarle la libertad condicional, con fundamento en que no cumple los requisitos previstos en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004.

En la sentencia C - 590 de 2005 fueron sistematizados los requisitos generales y las causales específicas para la excepcional procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Según indicó la Corte Constitucional y ha reiterado en múltiples fallos posteriores, si se verifica el cumplimiento de todos los requisitos, debe concederse el amparo.

La Sala advierte que en el asunto que ocupa su atención se satisfacen las exigencias de carácter general, evidentemente, la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela. No puede ponerse en duda la relevancia constitucional del asunto, pues lo que denota la controversia es la eventual vulneración de las garantías fundamental del debido proceso y libertad.

Así mismo, están satisfechos los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, pues la última decisión cuestionada fue emitida el 31 de agosto de 2018.

Verificadas las condiciones generales de procedencia, encuentra la Sala que las determinaciones jurisdiccionales reprochadas incurrieron en defecto sustantivo, el cual se estructura, entre otras hipótesis, cuando la decisión se fundamenta en una norma no aplicable al caso concreto desconociendo con ello, los principios de legalidad y favorabilidad que son parte integrante del debido proceso penal como derecho fundamental (Cfr. CC – SU 770 de 2014).

El artículo 29 de la Carta Política desarrollado en los artículos 6° del Código Penal y de Procedimiento, contempla el principio de legalidad como postulado constitucional. Por ende, no hay delito ni pena sin ley, cuya función garantista, como consecuencia obvia, a su vez se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas.

En ese orden, el principio de legalidad opera tanto al momento de definir lo que es punible como al aplicar la ley y al ejecutar la pena. En tal virtud, esta debe ejecutarse no arbitrariamente, sino en los términos prescritos en la ley, de modo que las leyes de ejecución penal han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente.

Justamente una de aquellas garantías está contenida en el principio de favorabilidad -como excepción al principio

de irretroactividad de la ley-, el cual surge cuando una nueva ley sustancial o procesal de efectos sustanciales regula de manera más benigna la intervención penal, debiéndose aplicar en consecuencia la que favorable e íntegramente regula el tema.

Al respecto, esta Sala ha indicado que el artículo 11 de la Ley 733 de 2003, dejó de ser aplicable a partir de la entrada en vigencia de las Leyes 890 y 906 de 2004 por operar una derogatoria tácita, hermenéutica que se sostuvo hasta cuando la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, reprodujo el texto del artículo 11 de la Ley 733 de 2002, con las diferencias de que en la nueva normativa se excluyó el delito de secuestro simple y se incluyó el de financiación del terrorismo (Cfr. CSJ STP18405-2016 Rad. 89511).

En el caso bajo estudio, las decisiones reprochadas mediante las cuales se negó el subrogado de la libertad condicional, se sustentaron en el contenido del artículo 64 de la Ley 599 de 2000 con la modificación incluida en el artículo 5° de la Ley 890 de 2004, pues en criterio de las autoridades judiciales accionadas su aplicación era más favorable.

No obstante, pasaron por alto que habiéndose cometido la conducta el 5 de junio de 2002, cuando aún no había entrado en vigencia la citada Ley 890, la norma llamada a gobernar el asunto y que resulta a todas luces más favorable a la pretensión de BOJACÁ GARZÓN, es el

artículo 64 de la Ley 599 de 2000, pues no contempla como requisito expreso para la procedencia del subrogado «*la previa valoración de la conducta punible*», exigencia que el legislador sí incluyó en las posteriores modificaciones introducidas al citado artículo por la Ley 890 de 2004, 1453 de 2011 y 1709 de 2014, criterio sostenido por la Sala en (Cfr. CSJ STP1623-2017 Rad. 94393).

Es manifiesto entonces, que la norma invocada por las autoridades judiciales accionadas no le era aplicable a MARTHA ISABEL BOJACÁ GARZÓN, pues emplearon de forma ultractiva una norma que desapareció del ordenamiento jurídico, lo que constituye un defecto sustantivo que habilita la protección constitucional frente a decisiones de naturaleza jurisdiccional.

Por tal razón, se amparará el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se dejarán sin efectos las decisiones judiciales emitidas el 9 de abril y 26 de septiembre de 2017, 25 de enero, 9 de mayo y 31 de agosto de 2018, respectivamente. En consecuencia, el Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá deberá emitir una nueva determinación, teniendo en cuenta los argumentos expuestos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 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:

1. **AMPARAR**, el derecho fundamental al debido proceso invocado por MARTHA ISABEL BOJACÁ GARZÓN. En consecuencia, dejar sin efectos las decisiones judiciales proferidas el 9 de abril y 26 de septiembre de 2017, 25 de enero, 9 de mayo y 31 de agosto de 2018, respectivamente.

2. En consecuencia, **ORDENAR** al Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá que, dentro del término máximo de diez (10) días, contados a partir de la notificación de este fallo, emita una nueva determinación, teniendo en cuenta los argumentos expuestos.

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

4. De no ser impugnada esta determinación, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

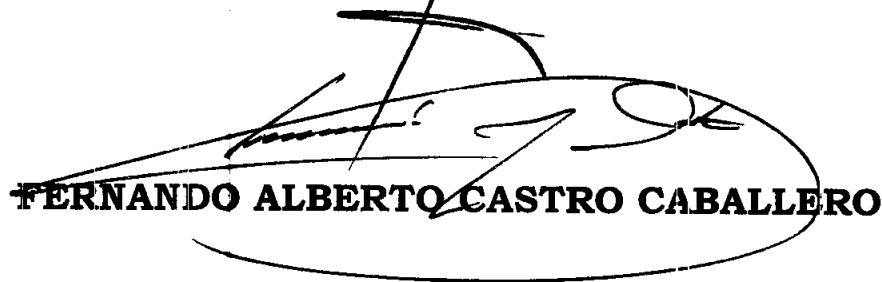
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Tutela 101754

MARTHA ISABEL BOJACÁ GARZÓN



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaría