



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP2052 - 2022

Tutela de 1ª instancia No. 120996

Acta No. 016

Bogotá D.C., primero (01) de febrero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela propuesta por **PEDRO CORTÉS ESTRADA**, contra la Fiscalía 1ª Seccional de Oiba, Juzgado 2º Penal del Circuito de Socorro, Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil, todos de Santander, por la presunta violación de los derechos al debido proceso y libertad.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De lo expuesto en la demanda y las pruebas aportadas se logran establecer los siguientes:

1. **PEDRO CORTÉS ESTRADA** se encuentra privado de la libertad, por lo menos, desde el 15 de julio de 2011, cuando el Juzgado 1° Promiscuo Municipal con Función de control de garantías de Oiba le impuso detención preventiva en centro de reclusión, por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados, sobre sus sobrinas N.R.C. y M.E.R.C., respectivamente.

2. En sentencia de 17 de mayo de 2012, el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Socorro Santander condenó a **PEDRO CORTÉS ESTRADA** a 21 años de prisión y 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor de los delitos reseñados, sin concederle suspensión condicional de la pena, ni prisión domiciliaria. La defensa apeló.

3. Mediante proveído de 1° de diciembre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil confirmó lo resuelto en primera instancia, sin que se interpusiera casación.

4. La vigilancia de las sanciones impuestas se asignó al Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil, que mediante auto de 17 de noviembre de 2021

le negó al condenado la libertad condicional, sin que tal decisión fuera apelada.

5. **PEDRO CORTÉS ESTRADA** pretende el amparo del debido proceso y la libertad, por cuanto considera, en concreto:

5.1. Que la condena en su contra se basa en mentiras y exageraciones de las víctimas, siendo posible que los niños mientan en el proceso penal.

5.2. No se demostró que accediera carnalmente a una de sus sobrinas, pues eso no se certificó por “*medicina legal*”.

5.3. La jurisprudencia constitucional permite acudir a la acción de tutela mucho tiempo después del plazo que se tiene para ello, siempre y cuando persista el daño, como ocurre en su caso, que sigue descontando pena, y dada su situación de persona privada de la libertad. Agregó que cumple con el requisito de subsidiariedad, como quiera que no interpuso casación, pues es un recurso muy costoso.

5.4. Tiene derecho a la libertad condicional, pues cumple todos los requisitos como tiempo, buena conducta, resocialización, pero el juez de ejecución se la negó aduciendo que por el delito cometido no tiene derecho “*o sea, según eso, debo cumplir TODA LA PENA*”, lo cual reprocha.

Por tanto, pretende el amparo del debido proceso, libertad, y en consecuencia “*se me conceda una REDUCCIÓN DE MI PENA ante el hecho cierto de no existir EVIDENCIAS CIENTÍFICAS de*

Penetración Vaginal en la Niña, lo que dará la eliminación del Delito de ACCESO CARNAL”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE E INFORMES

1. La acción fue admitida en auto de 30 de noviembre de 2021, se dispuso vincular a las demás autoridades, partes e intervinientes en el proceso penal seguido contra el actor ante el Juzgado 2° Penal del Circuito de Socorro y en el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil.

2. Esta última autoridad judicial informó que el 17 de noviembre de 2021 le negó al procesado la libertad condicional por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, sin que se interpusiera apelación contra su decisión. Señaló que no es verdad que el procesado deba cumplir toda la pena de prisión impuesta, pues esta se redime por trabajo, estudio y enseñanza.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil manifestó que contra su decisión no se interpuso casación.

4. El Juzgado 2° Penal del Circuito de Socorro aseguró haber respetado los derechos y garantías del demandante. Precisó que la demanda se dirige contra el auto emitido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil, por el cual le negó al sentenciado la libertad condicional, pero como no lo apeló, no procede el amparo, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

No se recibieron más informes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo normado en el numeral 5°, artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, esta Corporación es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, al dirigirse entre otras autoridades contra la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil.

Problemas jurídicos

Corresponde determinar *i)* si el Juzgado 2° Penal del Circuito de Socorro y la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil vulneran el debido proceso y la libertad de **PEDRO CORTÉS ESTRADA**, con ocasión de la condena impuesta en su contra, y *ii)* si lo hace el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil, por negarle la libertad condicional. De ser así, si procede el amparo solicitado.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o

los particulares, en los casos que la ley lo regula (artículo 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991).

2. Cuando se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la sentencia C 590 de 2005¹, y se acredite que la decisión jurisdiccional incurrió en un defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución².

3. El requisito general de subsidiariedad exige que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial que la persona afectada tiene a su alcance, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable. Y el de inmediatez, que la acción de tutela se haya interpuesto en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que originó la vulneración, en aras de la protección de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica³.

4. **PEDRO CORTÉS ESTRADA** pretende que se amparen sus derechos al debido proceso y libertad, violados,

¹ "a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable, c) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, d) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, e) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, y g) que no se trate de sentencias de tutela"

² C-590/05 y T-332/06.

³ SU 184/19

en su criterio, por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Socorro con ocasión de su sentencia de 17 de mayo de 2012, por medio de la cual lo condenó a 21 años de prisión y 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados, confirmada el 1º de diciembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil.

5. El precitado ciudadano plantea, en concreto, que la sentencia adolece de errores de hecho, pues está basada en mentiras y exageraciones de las víctimas, y no se probó que hubiera accedido carnalmente a una de ellas por vía vaginal.

6. Sin embargo, no es posible acceder a lo pretendido en relación con el derecho a la libertad, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues que, para intentar el amparo de ese derecho, **PEDRO CORTÉS ESTRADA** cuenta con la acción de *habeas corpus* (Art. 6.2 del Decreto 2591 de 1991).

7. Tampoco es dado conceder el amparo del derecho al debido proceso, por inobservancia del mismo presupuesto, por cuanto, **PEDRO CORTÉS ESTRADA** no agotó todos los medios extraordinarios de defensa judicial que tenía a su alcance, pues no interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia en su contra.

Ahora, si considera que la condena se fincó en mentiras de las víctimas, cuenta con la acción de revisión para proponer el debate al respecto (Art. 192.6 de la Ley 906 de 2004.).

El actor no demostró un perjuicio irremediable que deba evitarse, que amerite amparar el debido proceso de forma transitoria, sin que pueda tenerse como tal daño el cumplimiento de la pena impuesta, puesto que es legítima, sustentada en la sentencia condenatoria en su contra.

8. Adicionalmente, se incumple el requisito de inmediatez de la acción de tutela, puesto que, la decisión de segunda instancia se emitió por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil el 1° de diciembre de 2015, y la presente demanda se elevó en noviembre de 2021, cuando han pasado casi 6 años, sin que se comparta como un motivo válido que justifique esa tardanza la condición de cautivo del actor, pues desde su lugar de reclusión pudo ejercer su derecho de acción oportunamente, bien sea por medio de apoderado o a nombre propio.

9. Al margen de la inobservancia de los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez que impiden el amparo del debido proceso, esta Sala no encuentra configurado el defecto fáctico planteado en la demanda, sustentado en la afirmación que el procesado fue condenado sin prueba de haber accedido carnalmente a una de sus sobrinas.

10. Tras analizar la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que fue la que definió el caso del actor en las instancias ordinarias, se aprecia que confirmó en su integridad lo resuelto por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Socorro, después de analizar a fondo el aspecto expuesto en la demanda de amparo, sobre el cual indicó:

10.1. Si bien, existe un informe acerca de un reconocimiento sexológico que se practicó a la niña N.R.C. (única víctima de acceso carnal), rendido el 7 de marzo de 2011 por un médico del servicio social obligatorio del hospital de Oiba, en el cual se indica que, se observa un himen íntegro, no es posible valorarlo, por cuanto no fue objeto de análisis en el juicio y, en esas condiciones, no puede tenerse como prueba.

Además, a dicha menor se le realizó otro examen sexológico por una médica del Instituto Nacional de Medicina Legal, quien concurrió al juicio oral, y explicó que siguiendo todos los protocolos para ese tipo de evaluaciones percibió un himen de tipo anular con desgarró cicatrizados, lo cual guarda consonancia con la versión de la menor.

Esta médica explicó que la conclusión del primer examinador pudo ser errada, por cuanto, aquel no siguió las maniobras establecidas por el Instituto de Medicina Legal para visualizar el himen, lo cual le habría impedido ver con precisión esa parte del cuerpo, y tampoco realizó la anamnesis como es debido.

11. Nótese que los jueces de instancia admiten la existencia del informe sobre un reconocimiento sexológico que se practicó a N.R.C. el 7 de marzo de 2011, por un médico del hospital de Oiba, en el cual se indica que, se observa un himen íntegro, lo cual eventualmente podría descartar un acceso carnal por vía vaginal.

Sin embargo, fue razonable que dicho informe no se valorara, pues ciertamente, no tiene el carácter de prueba, en vista que no fue explicado en el juicio por el experto que lo rindió, o uno diferente, si aquel no se encontraba disponible, como lo exigen los artículos 412 y 415 de la Ley 906 de 2004, y la jurisprudencia de esta Sala⁴.

En providencia SP1864 de 2021, radicado 55754, la Corte reiteró que: “(...) *la prueba pericial es un elemento de persuasión compuesto, integrado por el informe escrito base de la opinión pericial -que por sí mismo no constituye evidencia autónoma- y, del testimonio del experto en juicio, quien concurre para ser interrogado y conainterrogado sobre su concepto previo.*”⁵, por tanto, la falta de uno de estos elementos conlleva a la ilegalidad de la prueba pericial, lo cual significa que no puede ser tenida en cuenta por los falladores.

12. Adicionalmente, el Tribunal compartió las razones por las que la primera instancia le negó eficacia al informe rendido por el médico del Hospital de Oiba, debidamente soportadas en un reconocimiento sexológico efectuado con

⁴ Proceso 30.214 de 17 de septiembre de 2008.

⁵ CSJ SP. 10 jun, 2015, rad. 40478; CSJ AP, 28 feb. 2018, rad. 50912; CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 47384.

posterioridad a la misma niña por el Instituto de Medicina Legal, explicado por la experta que lo elaboró en juicio, quien además informó por qué el primer reconocimiento no era confiable, lo cual guarda consonancia con los parámetros de apreciación de la prueba previstos en los artículos 380 y 420 de la Ley 906 de 2004, de ahí que, aunque se aceptara la legalidad de la incorporación del primer reconocimiento sexológico, tampoco se estaría frente a un defecto fáctico.

En síntesis, la presente acción de tutela es improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, y adicionalmente, tampoco se advierte estructurado el presunto yerro propuesto en la demanda, referido a que no se probó que el sentenciado hubiera accedido carnalmente a su sobrina N.R.C.

13. De otro lado, **PEDRO CORTÉS ESTRADA** pretende que se amparen sus derechos al debido proceso y libertad, violados, en su criterio, por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil, por cuanto, mediante providencia de 17 de noviembre de 2021, le negó la libertad condicional, a pesar que cumple los presupuestos para acceder a ella, obligándolo a pagar toda la pena.

14. Empero, no es posible amparar la libertad, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues, como se señaló en precedencia, para intentar el amparo de ese derecho, **PEDRO CORTÉS ESTRADA**

cuenta con la acción de *habeas corpus* (Art. 6.2 del Decreto 2591 de 1991).

15. Tampoco es viable tutelar el debido proceso, por incumplimiento del mismo prepuesto, como quiera que, el penado no apeló la decisión adversa en sus intereses, sin que probara un perjuicio irremediable que deba evitarse con un amparo temporal. Reitérese, el cumplimiento de la pena de prisión por **PEDRO CORTÉS ESTRADA** no es un daño que deba evitarse, pues esta privación de la libertad es legítima, fundamentada en la sentencia condenatoria emitida en su contra.

16. Adicionalmente, al consultar el proveído de 17 de noviembre de 2021, se advierte que se sustentó en el artículo 199.5 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la infancia y la adolescencia, que indica que, “*Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 5. No procederá el subrogado de libertad condicional, prevista en el Art. 64 del Código Penal...*”.

17. En este caso, es indiscutible que procedía la aplicación de la referida regla prohibitiva, por cuanto el procesado fue condenado por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, de ahí que resulte razonable que el juzgado ejecutor accionado le negara la libertad a **PEDRO CORTÉS ESTRADA**, sin entrar en el análisis de los requisitos previstos en el artículo 64 del Código Penal.

18. En relación con esta clase de prohibiciones, la Corte Constitucional ha insistido que el legislador goza de amplio margen de configuración normativa, lo cual le permite determinar cuáles delitos deben gozar de beneficios y cuáles no, atendiendo su gravedad y las políticas criminales:

“...El legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y, por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas⁶. En efecto, el 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”⁷.

19. Ahora, frente a la vigencia de las prohibiciones contenidas en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, y en particular, en lo que tiene que ver con la compatibilidad con la Ley 1709 de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutelas⁸, de forma pacífica ha exhibido lo siguiente:

“... De otra parte, la exclusión de beneficios contenida en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, sólo incorporó algunos

⁶ Ver al respecto, L.A. Hart, Punishment and Responsibility, Oxford, 1968 y Lopera M, G, Principio de proporcionalidad y ley penal, Madrid, 2006, p. 144.

⁷ Sentencia C- 073 de 2010.-

⁸ Sentencia CSJ SP 24 de jun. 2014, reiterada en CSS STP8299-2014, STP13594-2019 y STP1021-2020.

delitos para los cuales no procedían la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria – dentro de los cuales enlistó aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales –, dejando incólumes las disposiciones normativas que regulan el subrogado de la libertad condicional, más aún, cuando aquellas se encuentran revestidas de tal especificidad en el caso de los delitos en los que la víctima sea un menor de edad.

En consecuencia, lo que hizo el legislador en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, fue establecer que la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal, no se encuentra vedada para quienes hubieran sido condenados por los punibles relacionados en el párrafo 2° del artículo 68A del Código Penal, pero sin referirse, en absoluto, a restricciones impuestas de manera expresa por el legislador en disposiciones anteriores, como la contenida en el numeral 5° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que se refiere a delitos contra la vida, la integridad personal, libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, cometidos contra menores de edad...”.

20. En esas condiciones no es posible afirmar que el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Gil viola el debido proceso de **PEDRO CORTÉS ESTRADA**, por negarle la libertad condicional, lo cual, también impide el amparo del debido proceso.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,


R E S U E L V E:

1. **Declarar improcedente** el amparo que pretendió **PEDRO CORTÉS ESTRADA**.

2. **Notificar** este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, informando que puede ser apelado dentro de los tres días siguientes.

3. De no ser impugnada esta sentencia, **enviar** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase


FABIO OSPITIA GARZÓN


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2022