



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP 14550-2022

Radicación n.º 126519

Acta No 239

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación formulada por el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias, respecto al fallo proferido el 8 de septiembre del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual amparó el derecho fundamental del debido proceso de Yónatan Ovalle Ruiz, dentro del trámite constitucional promovido en contra del accionante y el Juzgado 34 Penal del Circuito de la capital del país, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

LA DEMANDA

Señala el accionante que, mediante sentencia del 27 de mayo de 2014, el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá lo condenó a la pena de 210 meses de prisión, luego de declararlo penalmente responsable del delito de homicidio simple, por hechos ocurridos entre la noche del 31 de diciembre de 2009 y la madrugada del 1º de enero de 2010, siendo la víctima un menor de edad.

Sostiene que hasta el momento de la interposición de la presente acción constitucional, había descontado 129 meses de prisión, razón por la cual, a través de su apoderado, presentó solicitud de prisión domiciliaria o de libertad condicional, memorial donde planteó la posibilidad de otorgar dichos beneficios, en la medida que la prohibición consignada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, era inaplicable en el presente asunto, ello al tenor de lo resuelto por la Sala de Casación Penal en sentencia SP3955-2021 donde, básicamente, se señaló que dicha restricción es procedente siempre y cuando el sujeto pasivo de la acción penal hubiera tenido consciencia que su conducta recaía en un menor de edad, situación que no fue valorada por el juzgador al proferir la sentencia de primer grado.

Indica que con auto del 15 de marzo de 2022, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias resolvió negar la solicitud, aduciendo, precisamente, la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Informa que el Juez vigía, al tomar su decisión, señaló que el tema de si el condenado conocía o no la condición de

minoría de edad de la víctima, es un asunto cuyo debate debió darse en sede del juicio oral, para que de ese modo hubiera quedado dilucidada tal situación, no siendo entonces competencia del Juez Ejecutor abordar ese análisis al momento de resolver solicitudes como la que le era puesta a consideración.

Mediante auto del 12 de abril del año en curso se dispuso no reponer la decisión antes referida, misma que fue confirmada por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá con auto del 31 de mayo siguiente.

Indica el accionante que la condición de minoría de edad de la víctima, si bien se ventiló en las audiencias preliminares e incluso en el juicio oral, no fue una circunstancia que resultara determinante en la imputación, acusación ni sentencia, lo cual significa que no se demostró su consciencia de estar agrediendo a un menor de edad, razón por la que le resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte y, por ende, ser beneficiado con la concesión de su libertad condicional y/o prisión domiciliaria.

Así las cosas, el accionante solicita se proteja sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, se deje sin efectos las decisiones en virtud de las cuales fue despachada negativamente su petición de acceder a la prisión domiciliaria y/o libertad condicional, procediéndose a ordenar a las accionadas que procedan a emitir nueva decisión donde no se tenga en cuenta la restricción antes aludida.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió conceder el amparo al debido proceso deprecado por Yónatan Ovalle tras realizar las siguientes consideraciones:

Como primera medida trajo a cita el contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, para a continuación señalar que *«La Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia reciente, viene señalando que aun cuando la prohibición opera cuando la conducta ilícita recae sobre algún menor de edad, para aplicar la norma es forzoso comprobar que el procesado o condenado tenía conocimiento previo sobre esa minoría.»*.

A continuación, trajo a cita apartes de la sentencia CSJ SP1013-2021, resaltando cómo allí se manifestó:

«...el desconocimiento por parte del sujeto agente sobre la minoría de edad de la víctima, debe reconocerse como una situación que impide aplicar la prohibición del artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Es decir, el agresor debe tener consciencia de que está agrediendo a un menor de edad, y ese conocimiento debe obedecer a evidencias objetivas que se desprendan de las precisas condiciones fácticas que rodean al sujeto pasivo de la conducta reprochable.»

Al referirse sobre el caso concreto, el Tribunal de instancia llamó la atención en el hecho de que las autoridades accionadas negaron la solicitud de la libertad condicional y/o la prisión domiciliaria con fundamento en la prohibición contemplada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, desconociendo que en la sentencia condenatoria no se determinó que el demandante conocía la edad de la víctima.

Así mismo, recordó que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Alta Corporación, cuando se resuelve sobre solicitudes de libertad condicional, «*al juez ejecutor le corresponde valorar la conducta punible teniendo en cuenta “las mismas circunstancias y consideraciones que hubiere tenido el juez de conocimiento, independientemente de su efecto favorable o desfavorable a la libertad del condenado”*», razón por la cual «*no resultaba dable aplicar al accionante la mentada prohibición, como quiera que en la sentencia no se descartó que éste ignorara la minoría de edad de la víctima.*»

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió:

«Primero: Conceder el amparo impetrado por Yónatan Ovalle Ruiz.

Segundo: Dejar sin efectos los autos emitidos por los Juzgados Primero de Ejecución de Penas y Treinta y cuatro Penal del Circuito, el primero ubicado en Acacias (Meta) y el segundo en Bogotá, el 15 de marzo y el 26 de mayo de 2022, respectivamente, por cuyo medio no concedió los subrogados de la libertad condicional y/o la prisión domiciliaria.

Tercero: Ordenar al titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se pronuncie nuevamente sobre el otorgamiento de los subrogados de la libertad condicional y/o la prisión domiciliaria, sin considerar para ese fin la prohibición contemplada el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.»

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias impugnó el fallo de primer grado y, con miras a lograr su revocatoria primero hizo un recuento de la actuación

procesal, resaltando el contenido del acápite de los hechos consignado en la sentencia condenatoria proferida en contra del accionante, para resaltar cómo desde allí se advierte la minoría de edad de la víctima.

Seguidamente pasó a señalar que, para efectos de la ejecución de la pena, el juez ejecutor debe analizar de manera sistemática todas las normas que guardan relación con esa fase procesal, lo que incluye al artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, canon aplicable al asunto concreto y que dio sustento a la inicial negación del subrogado solicitado.

Resaltó que era evidente cómo, en fase de juzgamiento, no se demostró que el victimario tenía conocimiento acerca de la minoría de edad de su víctima, de modo que es una cuestión cuyo esclarecimiento no le corresponde ahora asumir al juez ejecutor, estimando así que es la acción de revisión la ruta a agotar para aclarar ese asunto, ello por cuanto se produjo un cambio de jurisprudencia que beneficia a Ovalle Ruiz.

Así, estimó que no es la acción de tutela el mecanismo a usar en el caso concreto, menos para impartir una orden donde se dispone resolver una petición de libertad condicional, sin tener en cuenta lo normado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. Como bien lo refiere el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela 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. Ahora bien, en el presente caso se advierte que el problema jurídico a resolver se contrae a establecer si el *A quo* acertó en su decisión de conceder el amparo al debido proceso deprecado, luego de estimar que, en el presente asunto, las autoridades accionadas habían incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, en la medida que, en sus decisiones del 15 de marzo y 31 de mayo de 2022, habían tenido en cuenta la restricción consignada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, sin que en el fallo condenatorio se hubiera dejado en claro que, Yónatan Ovalle Ruiz, conocía sobre la minoría de edad de la víctima.

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 concurra 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; *c)* que se esté ante un perjuicio *iusfundamental* irremediable; *d)* que se cumpla con el requisito de inmediatez, esto es, que se interponga dentro de un término razonable y justo; *e)* 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; *f)* 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 *g)* 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 absoluto, 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, cuál es 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 Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias y 34 Penal del Circuito de Bogotá, vulneraron los derechos fundamentales del accionante al proferir los autos del 15 de marzo y 31 de mayo del año en curso, 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 31 de mayo de 2022, en tanto que la demanda constitucional fue promovida el 29 de agosto siguiente, 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.

6. El artículo 64 del Código Penal colombiano, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, consagra el subrogado de la libertad condicional, 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.”

Asimismo, en lo que interesa para el caso, el análisis de la concesión del referido subrogado, igualmente está condicionado a que no se extienda prohibición legal para su concesión, por ejemplo, la contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que determina:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. 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 penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

7. En este asunto se encuentra demostrado que Yónatan Ovalle Ruiz, actualmente se encuentra privado de la libertad purgando una pena de 210 meses de prisión, luego

que fuera declarado penalmente responsable por el delito de homicidio, en hechos cometidos el 1° de enero de 2010, cuando resultó muerto el menor de 17 años W.J.G.C.

En la fase de la ejecución de la pena, el apoderado de Ovalle Ruiz solicitó al Juzgado que vigila su sanción la libertad condicional y/o prisión domiciliaria, autoridad que negó ambas pretensiones mediante auto del 15 de marzo de 2022, tras considerar que en el presente asunto tenía aplicabilidad la prohibición legal contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, norma en cuyo tenor literal se indica:

«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 penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. (...)»

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.»

Inconforme con la anterior decisión, el defensor de Yónatan Ovalle interpuso recurso de apelación en su contra, alegando la imposibilidad de aplicarle a su cliente dicha restricción, básicamente porque la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP3955-2021 había dejado en claro que la norma en mención era aplicable, siempre y cuando se demostrara que el agresor tenía plena consciencia acerca de la minoría de edad de su víctima, situación que no se verificaba en el asunto *sub judice*, donde

la edad del occiso tan solo se conoció en las audiencias preliminares, siendo entonces hasta ese instante cuando su defendido se enteró de ese dato.

Al desatar la alzada, la Juez 34 Penal del Circuito de Bogotá resolvió confirmar la decisión impugnada bajo las siguientes consideraciones:

Como primera medida acudió a realizar un recuento sobre la labor de individualización de la pena, recordando como en la decisión de primer grado la sanción se fijó dentro del primer cuarto de movilidad, teniendo en cuenta que en el procesado no concurrían agravantes ni circunstancia de mayor punibilidad, en tanto sí se verificaba la concurrencia de una de menor punibilidad.

Acto seguido, el *Ad quem* de ejecución de penas pasó a indicar:

*«En cuanto a los mecanismos sustitutos de la pena en aplicación del Art. 63 del C.P., se hizo siguiendo los lineamientos de la Ley 1709 de 2014, donde se señala lo siguiente: i) **Que la pena impuesta sea de prisión que no de exceda de 4 años**; ii) Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2 del Artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.....iii) Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores...»; siendo así en el caso de YONATAN OVALLE RUIZ la pena superó ostensiblemente los 4 años de prisión, no pudiendo acceder a los subrogados penales.*

Verificado por el juez fallador que el penado no podía acceder a los subrogados penales atendiendo que el presupuesto objetivo no se cumplía, bastando este presupuesto para hacer improcedente el acceso a estos beneficios por el sancionado.»

A continuación, pasó a referirse sobre la aplicabilidad del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en el cabo bajo análisis y, para ello, primero trajo a cita el contenido de dicha norma, lo cual le permitió hacer, enseguida, las siguientes consideraciones:

«Para el caso del señor YONATAN OVALLE RUIZ, dentro del desarrollo procesal de este caso, respecto de la víctima se destacó que quien resultó atacado con elemento corto-punzante fue W.J.G.C. (qped), menor de edad, ello se destacó desde la audiencias preliminares y en la etapa de juicio en el ítem de alegatos de la sentencia y dentro de las estipulaciones establecidas entre fiscalía y defensa, quedó en claro la plena identidad de la víctima, quien se identificaba con tarjeta de identidad conforme con peritaje realizado por perito forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses donde estableció que el obitado nació el 8 de noviembre de 1992.

De igual manera en los alegatos finales la Fiscalía, se reafirma la minoría de edad del occiso, cuando en el literal “ii” señala: “Con respecto a la responsabilidad del acusado se tiene que sin dubitación alguna los deponentes Ingrid Natali Morales y Eduardo Moreno Manchego señalaron que el inculpado había sido la persona, que armado de un elemento corto-punzante-pico de botella- lesiono a la víctima en el pecho (...).. así como en la ratificaciones de los reconocimiento fotográficos realizados en la indagación por parte de los mentados, en cuanto a que fue YONATNA OVALLE y no otro quien produjo el deceso del menor W.J.G.C.”, así mismo en otros apartes del fallo condenatorio (fls 14 a 16) queda ratificada la minoría de edad del fallecido W.J.G.C. (...).»

Más adelante, con el fin de dar respuesta directa sobre la proposición argumentativa del recurrente, la Juez 34 Penal del Circuito de Bogotá señaló:

«Respecto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP3995-2021 Radicado 59206 a que hace alusión el apelante, esta sede judicial señalara que las circunstancias de tipo facticos

y procesales sobre las cuales la Corte casó parcialmente la sentencia demandada, son distintas a las del aquí sentenciado YONATAN OVALLE RUIZ, entre varias de ellas se resalta que en la sentencia de casación se observa que el fallo de primera instancia es apelada y en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial al sentenciado “Fabian Andrés Carrillo Castellanos revocó parcialmente el fallo y reconoció en favor del precitado el estado de ira e intenso dolor, fijando la pena de prisión en 66.66 meses (5 años 6 meses).”

Tales circunstancias y en estudio de los subrogados penales, en análisis de ese caso en particular llevó a la Corte Suprema a la inaplicación del caso en concreto de las prohibiciones previstas en el Art. 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), por lo cual casó parcialmente el fallo condenatorio y efectuó el estudio de los subrogados penales negando a Carrillo Castellanos la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en atención a que por el delito por el que fue condenado superaba los cuatro (4 años) y concedió la prisión domiciliaria de que trata el Art. 38B del Código Penal, al cumplir con el requisito objetivo pues la pena mínima de prisión prevista para el delito cometido era menor de 8 años y demás contemplados en la norma podía acceder a dicho beneficio.

Es por lo anterior que esta sede judicial hace énfasis en que la circunstancias fácticas y procesales de las sentencias condenatorias antes citadas, una, la que aquí se profirió en contra YONATAN OVALLE RUIZ y la otra traída a colación en el escrito de impugnación con la cual apoya el defensor su contrariedad a lo decisión tomada en auto fechado el 15 de marzo de 2022 por el juez ejecutor de la pena, son distintas y tuvieron un desarrollo fáctico y procesal en cada una de sus particularidades.

En la aquí proferida se evidenció la minoría de edad de la víctima W.J.G.C. (qepd) y en estudio del material probatorio obtenido (testimonial y documental) se probó la responsabilidad del agresor, de los testimonios se establece la riña entre un grupo de personas dentro de los cuales había adolescentes que departían en un barrio de Bogotá en las horas de la madrugada del 1° de enero del 2010 despidiendo el año, quienes se involucraron en una riña al parecer por rencillas anteriores, es decir habitaban el sector y podría entre ellos haber un conocimiento de sus actividades como estudiantes o amigos o conocidos en común, no pudiendo descartarse si tenía o no conocimiento de la edad de la víctima el agresor, circunstancia que debió ser alegada en oportunidad

procesal oportuna al ser decantada esa premisa en cada una de las actuaciones del ente acusador.

Si bien en el desarrollo procesal del caso y al momento de imponer sentencia por esta sede judicial, no se efectuó pronunciamiento en los subrogados penales a esta prohibición legal es porque de tajo no era viable en el caso del penado acceder a ellos, pues la pena impuesta superaba ostensiblemente los 4 años de prisión no cumpliendo con este requisito objetivo.»

Así, el Juzgado de segundo grado consideró que la decisión adoptada por el Juez de Ejecución de Penas se ajustaba a la legalidad y, por lo tanto, se imponía la necesidad de su confirmación. Es de resaltar acá que, en este proveído, ninguna consideración se hizo de cara a la posibilidad de otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria deprecado.

8. Ahora bien, analizado el fundamento entregado por los jueces accionados para negar la solicitud de libertad condicional efectuada por el defensor de Yónatan Ovalle Ruiz, la Sala encuentra que esas decisiones judiciales incurren en una causal de procedibilidad de la acción de tutela, por las siguientes razones:

8.1. Como primera medida, debe resaltarse que las decisiones en comento, en especial la proferida el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, se aparta de las consideraciones consignadas en la sentencia condenatoria, para de esa manera poder controvertir los argumentos del peticionario sobre la inaplicabilidad del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en su caso.

En efecto, con el ánimo de justificar la aplicabilidad de las restricciones legales allí contenidas, la Juez de segundo grado en sede de ejecución de penas acudió a realizar valoraciones que no fueron tenidas en cuenta, por ella misma, al momento de emitir la sentencia condenatoria en contra de Yónatan Ovalle, es así que en el aludido proveído se puede leer lo siguiente:

*«..de los testimonios se establece la riña entre un grupo de personas dentro de los cuales había adolescentes que departían en un barrio de Bogotá en las horas de la madrugada del 1° de enero del 2010 despidiendo el año, quienes se involucraron en una riña al parecer por rencillas anteriores, **es decir habitaban el sector y podría entre ellos haber un conocimiento de sus actividades como estudiantes o amigos o conocidos en común**, no pudiendo descartarse si tenía o no conocimiento de la edad de la víctima el agresor.»* (Negrilla fuera de texto)

Al revisar el contenido de la sentencia condenatoria proferida el 27 de mayo de 2014, se constata que tal argumentación no fue consignada allí, que de hecho en esa providencia no se hizo ningún tipo de alusión acerca de si Ovalle Ruiz conocía o no al occiso y, mucho menos, se abordó la discusión de si aquél pudo tener la oportunidad de saber, antes de cometer su ilícito, si su víctima era o no un menor de edad; definición necesaria en este caso particular, dado que el interfecto, según los autos, para la fecha de los hechos tenía un poco más de 17 años de edad, rango etario que, regularmente no permite que la mera apariencia física sea indicativa de ser un sujeto menor de 18 años.

Bajo esa perspectiva, ha de indicarse entonces que se equivocó el *Ad quem* de penas cuando pretendió mantener la

decisión de negar el otorgamiento de la libertad condicional, acudiendo a una valoración que no hace parte de las consideraciones vertidas en la sentencia condenatoria que debe servir de base para el estudio sobre la concesión del subrogado en mención, pues con su actuar desconoció los precedentes jurisprudenciales que le imponen la obligación, en este caso en particular, de valorar esa condición con apego en las motivaciones contenidos en los fallos de instancia al momento de imponer la sanción, ello en aras de no poner en riesgo la garantía del *non bis in ídem*, máxime, se reitera, cuando en este evento la edad de la víctima era cercana a los 18 años, lo que imponía que el aspecto del conocimiento por parte del condenado de la minoría de edad estuviera definido por los juzgadores.

Desde esa perspectiva, le asistió razón al Tribunal Superior de Bogotá cuando, al dispensar el amparo constitucional deprecado, reprochó el hecho de que la decisión del Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá se hubiera soportado en consideraciones nuevas, desconociendo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, así como la de la Corte Constitucional, han proscrito esa práctica, en aras de impedir que a los condenados se les someta a juicios dobles sobre un mismo hecho.

8.2. Ahora bien, en aplicación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, se ha fijado como regla general 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, el sujeto activo de la conducta no tiene derecho a acceder a beneficios judiciales o administrativos, subrogados penales o mecanismos sustitutivos, sin embargo, tal restricción no es absoluta, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SP3955-2021, reiterada en CSJ SP1013-2021 y SP2195-2021, donde se indicó:

«La limitación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, respecto de la concesión de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional y prisión domiciliaria. (...)

Ahora, aunque podría entenderse que la mentada prohibición es plenamente operante solo con la constatación objetiva de la minoría de edad del sujeto pasivo de la acción penal, lo cierto es que no es así.

5. En efecto, en el derecho penal está proscrita la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por la mera producción del resultado. Por ende, para aplicar la referida restricción normativa es forzoso comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento previo sobre esa minoría de edad o que ella era evidente o fácilmente constatable.

De no verificarse ello, su empleo es manifiestamente equivocado. Así lo reconoció recientemente la Sala cuando, en sentencia CSJ SP1013-2021, rad. 51186¹, sostuvo que la prohibición contenida en el numeral 7 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no es de verificación meramente objetiva:

Veamos: el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, precisa que cuando se trate de la conducta de homicidio, entre otras,

¹ Aunque en esa oportunidad el problema jurídico planteado era la aplicación de una causal de agravación del homicidio -motivo fútil-, la Corte, al suprimirla, se adentró en el tema tras analizar que hubo manifestación de aceptación de cargos por el acusado y no se le reconoció rebaja por allanamiento, precisamente en atención a que la víctima era menor de edad.

cometidas en forma dolosa y la víctima sea un niño, niña o adolescente, no proceden las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

De tiempo atrás se tiene dicho que esta prohibición se extiende a la rebaja de pena por allanamiento a cargos:

“..el descuento por allanamiento también está incluido dentro de las prohibiciones contempladas en el artículo 199 de la Ley 1096 de 2008, como así lo establece el numeral 7° al indicar que “no procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”²³

Sin embargo, el desconocimiento por parte del sujeto agente sobre la minoría de edad de la víctima, debe reconocerse como una situación que impide aplicar la prohibición del artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Es decir, el agresor debe tener consciencia de que está agrediendo a un menor de edad, y ese conocimiento debe obedecer a evidencias objetivas que se desprendan de las precisas condiciones fácticas que rodean al sujeto pasivo de la conducta reprochable.

Cuando se atenta contra la vida e integridad personal de un menor de edad, o cuando se lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, para que se incurra en la prohibición que señala la norma, debe verificarse que de manera objetiva el sujeto tenía la posibilidad de actualizar su conocimiento frente a la edad de su víctima. Tal es el caso de niños o niñas que objetivamente reflejan su minoría de edad con una simple confrontación física.

Pero cuando de esa confrontación física objetiva resulte imposible la actualización del conocimiento sobre la edad del menor, como en el caso de adolescentes que reflejan una apariencia de personas mayores, se debe acudir no al objetivismo fáctico, sino que debe escudriñarse el conocimiento subjetivo que tenga el agresor sobre la edad de su víctima. Así ocurre generalmente cuando se trata de adolescentes que son víctimas de sus propios familiares o conocidos cercanos que saben de la minoría de edad, pero aun así quieren realizar la conducta. En este caso la prohibición si opera por el conocimiento previo de su edad.

Y es que si bien el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, es una norma prescriptiva que implica una prohibición de “no hacer”,

² [cita en texto transcrito] Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 29901. En el mismo sentido, entre otras, decisiones de la misma fecha rad. 30299, de octubre 17 de 2007, rad. 28451 y de 12 de septiembre de ese mismo año, rad. 28086».

³ [cita en texto transcrito] Radicado 37668 del 7 de abril de 2011.

desde la óptica de los operadores deónticos, lo que está contemplando es el mandato a los funcionarios judiciales para que no otorguen un beneficio pues se está vedando la rebaja de una pena cuando las víctimas sean menores de edad.

Empero, entender esa prohibición de una manera netamente objetiva implica que se admita una responsabilidad objetiva, no en cuanto a la declaración de responsabilidad en la ejecución de la conducta punible, pero si en torno a la incidencia que se deriva de esa declaración en la punibilidad, lo cual no puede aceptarse por expresa prohibición del artículo 12 del Código Penal, norma que consagra la verificación del conocimiento previo o potencial de la antijuridicidad, que para este caso se traduce en el conocimiento objetivo o la conciencia subjetiva de la edad de la víctima.

6. Los antedichos fundamentos jurisprudenciales se predicán, igualmente, frente a la proscripción del artículo 199 en comento, relacionada con la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional, así como la prisión domiciliaria.

Por consiguiente, al funcionario judicial le corresponde examinar la situación concreta a efectos de constatar si el inculcado tenía el conocimiento previo o potencial de la edad de la víctima. De allí que, si no se comprueba esa conciencia en torno a que se estaba atentando contra la vida e integridad de un menor de edad, la referida limitante no puede operar y la situación habrá de analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Penal.

Tal postura -se insiste- obedece a que en el derecho penal no pueden ser objetivas la responsabilidad ni sus consecuencias.»

8.3. Visto lo anterior, la Sala debe señalar que le asiste razón al accionante cuando manifiesta que, en casos como el suyo, los jueces de ejecución de penas deben tener en cuenta si la restricción del artículo 199 de la Ley 1098 resulta aplicable, conforme los lineamientos jurisprudenciales antes reseñados.

En este punto, la Sala estima necesario pasar a realizar las siguientes precisiones, en aras de evitar confusiones o malas prácticas judiciales que puedan derivar en la afectación de las garantías fundamentales, no solo de quien estando condenado acude a solicitar la concesión de un beneficio, mecanismo sustitutivo o subrogado penal, sino de quien haya sido víctima de esa conducta, veamos:

8.3.1. La regla general a seguir, consiste en que, quien es condenado por los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, siendo víctima un menor de edad, no tiene posibilidad de acceder a beneficios, subrogados penales ni mecanismos sustitutivos, ello conforme lo ordena el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

8.3.2. La anterior norma, de acuerdo con lo reseñado por la Jurisprudencia especializada en los proveídos CSJ SP3955-2021, CSJ SP1013-2021 y CSJ SP2195-2021, resulta ser excepcionalmente inaplicable cuando el sujeto activo de la conducta, previo a su consumación, no tuvo la oportunidad de actualizar su conocimiento y, con ello, actuó sin la consciencia de estar atentando contra un menor de edad en los eventos previstos en el artículo ya referido. En estos casos, los jueces deberán acoger a plenitud y rigor, los postulados de la jurisprudencia antes referenciada, teniendo en cuenta, finalmente, que el objetivo primordial es garantizar la seguridad, bienestar y derechos superiores de los menores, lo que le impone al operador judicial

competente, una mayor carga de cuidado al momento de analizar si las prohibiciones legales del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, son o no aplicables al asunto puesto a su consideración.

8.3.3. Así, resulta necesario que el juez de ejecución de penas, a partir de las circunstancias del caso, bien tomando en consideración los razonamientos de los fallos de condena, **ora las condiciones físicas de la víctima al momento de los hechos -valga ejemplificarlo, cuando se trata de un menor entre 1 y 16 años, cuya apariencia denota objetivamente su minoría de edad, y por ende, no es imperativo que tal condición esté destacada por los jueces de instancia, en tanto se trata de una calidad evidente que rodea al perjudicado con la conducta-**, evalúe si el condenado actuó bajo la consciencia de que el sujeto pasivo del delito que ejecutaba era menor de 18 años.

9. Ahora bien, dado que en el presente caso las autoridades accionadas en sus proveídos del 15 de marzo y 31 de mayo de 2022 no dieron aplicación a los postulados jurisprudenciales vertidos en los proveídos CSJ SP3955-2021, CSJ SP1013-2021 y CSJ SP2195-2021, resulta viable sostener que las decisiones en virtud de las cuales le fue negada la libertad condicional al tutelante, constituyen una vía de hecho que atenta contra sus derechos fundamentales, razón por la cual se impone confirmar, en su integridad, la decisión de amparo proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

10. Finalmente la Sala estima necesario explicarle al impugnante que se equivoca en sus consideraciones, cuando afirma que en el presente caso debe acudir a la acción de revisión para poder dar alcance a los lineamientos jurisprudenciales fijados en los proveídos CSJ SP3955-2021, CSJ SP1013-2021 y CSJ SP2195-2021.

En efecto, sea lo primero precisar que lo reclamado por el accionante ante sus jueces vigías, no era que entraran a modificar su sentencia condenatoria en virtud de un cambio jurisprudencial, sino que aplicaran esos precedentes al resolver su petición de libertad condicional, de modo que lo primero, si se hubiera presentado, sí debía debatirse por vía de la acción de revisión, en tanto que lo segundo, por no tener incidencia alguna en la sentencia sancionatoria, sólo demanda del juez de penas la labor de estudiar su aplicabilidad, como finalmente se determinó en la parte considerativa del presente proveído.

Así las cosas, se desestima la procedencia del reparo presentado por el impugnante y se ratifica la necesidad de confirmar el fallo impugnado.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en el presente proveído.

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

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

CUI 11001220400020220349701

N.I. 126519

Impugnación tutela
Yónatan Ovalle Ruiz

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Sala Casación Penal@2022