El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia - 07 de julio de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Concede amparo

Radicación Nro. : 66001-22-04-000-2017-00131-00

Accionante: ALEXANDER RESTREPO BARTOLO

Accionado: JUZGADO 2° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y OTRO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO.** [L]os cargos por los cuales se cuestionan las decisiones de los Despachos accionados, están relacionadas con un defecto sustantivo[[1]](#footnote-1), por interpretación errónea de las disposiciones que regulan la concesión del subrogado penal de la libertad condicional, toda vez que su discrepancia con las mismas, radica en que con ellas se haya negado el subrogado penal de la libertad condicional al señor Alexánder Restrepo Bartolo, cimentando esas decisiones en una indebida valoración de la conducta típica cometida por el condenado, pues a su consideración, se desconocieron los parámetros que respecto de la aplicación del artículo 64 del Código Penal estableció la H. Corte Constitucional en la sentencia C 757 de 2014. (…) [E]fectivamente existió una violación al derecho al debido proceso del señor Restrepo Bartolo por parte de los accionados, porque en efecto incurrieron en “vías de hecho” por defecto sustantivo situación que lleva a este Juez constitucional, en aras de garantizar esa prerrogativa, a decretar la nulidad de la decisión adoptada el 20 de febrero de 2017, por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que en el plazo de diez (10) días hábiles profiera una nueva decisión, en la cual se tendrá en cuenta única y exclusivamente los criterios de la gravedad de la conducta consignados en la sentencia en la que se declaró la responsabilidad criminal del reo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 646 del 6 de julio de 2017. H: 3:40 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-22-04-000-2017-00131-00 |
| **Accionante:** | Procuraduría Judicial Penal II 150, agenciando los derechos  de Alexánder Restrepo Bartolo |
| **Accionado:** | Juzgados Segundo de Ejecución de Penas y M. de S. y Tercero  Penal del Circuito |
| **Decisión:** | Concede |

**ASUNTO:**

Procede la Colegiatura a resolver lo que en derecho corresponda, con ocasión de la acción de tutela promovida por el señor **PROCURADOR JUDICIAL II 150, DR. LUIS FERNANDO VALDERRAMA GUZMÁN**, agenciando los derechos fundamentales del señor **ALEXÁNDER RESTREPO BARTOLO**, en contra de los **JUZGADOS SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD** y **TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

**ANTECEDENTES:**

De acuerdo a los hechos narrados por la parte accionante, se tiene que el señor Alexánder Restrepo Bartolo fue condenado por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad a la pena principal de 99 meses de prisión por incurrir en la conducta punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mediante sentencia proferida el 10 de abril de 2013.

Según lo consignado en la mencionada sentencia, la responsabilidad penal del señor Restrepo Bartolo se determinó de acuerdo a la situación de flagrancia en que fue capturado, el dictamen de balística y la carencia de licencia para portar armas, además de su aceptación de cargos durante la audiencia de formulación de acusación.

También se mencionó dentro de la aludida providencia que el procesado tenía conocimiento de que su actuar se encontraba por fuera del margen de la ley, toda vez que había pagado servicio militar y también había trabajado en una empresa de vigilancia.

En el momento de dosificar la pena, el Juez fallador indicó de forma textual que “no existe circunstancia alguna que merezca mayor reproche”, por lo tanto le impuso al condenado la pena mínima de 108 meses de prisión, que con la rebaja del 8033% quedó en 99 meses de prisión.

El señor Alexánder impetró ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Despacho que actualmente vigila su pena) una solicitud de libertad condicional, teniendo en cuenta que ya cumplió las 3/5 partes de la pena impuesta, ha presentado buen comportamiento disciplinario y tiene arraigo en la comunidad.

El mencionado Juzgado resolvió de forma negativa su petición, usando como argumento para su negativa una valoración de la conducta, pero sin tener en cuenta los datos de la sentencia condenatoria, sino realizando sus propias apreciaciones, haciendo manifestaciones tales como: *“El aquí condenado prestó su servicio militar en condición de policía bachiller, y luego, empezó a laborar en una empresa de vigilancia disponiéndose además a incorporarse a la policía Nacional, lo de que por si señala que debe tener un amplio conocimiento respecto de las armas de fuego, su manejo, cuidado y disposiciones relativas a su porte, por lo cual resulta exigible, con mayor razón, el deber de cuidado y cautela”.”* y *“Que este delito “tiene azotada la sociedad actualmente”, “reviste una gravedad importante”, “afecta a la comunidad”, “no se conoce el propósito de ese accionante” el señor RESTREPO es “carente de principios” y evidencia “una insensibilidad social”.”*, con lo cual trasgredió los límites impuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad C 757 de 2014.

La aludida decisión fue apelada por parte del Representante del Ministerio Público, hoy accionante, argumentando que el Juez de Ejecución de Penas no hizo una verdadera valoración de la conducta, como lo exige el artículo 64 del Código Penal y la Sentencia C - 757 de 2014.

El 1º de junio del año avante se profirió el auto de segunda instancia, confirmando la decisión de no conceder al señor Restrepo Bartolo la libertad condicional solicitada, pues a consideración del fallador, el Juez de Ejecución de Penas si fundó su decisión en argumentos extraídos de la sentencia condenatoria.

Ambas decisiones se apoyaron en el examen de si la valoración de la conducta permitía o no la concesión del subrogado pedido, pues los demás requisitos se encontraron acreditados.

Reitera el accionante que dentro de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito sólo se dijeron dos cosas respecto de la conducta: i) que no existe circunstancia alguna que merezca mayor reproche y ii) que el condenado prestó su servicio militar en condición de policía bachiller, y luego empezó a laborar en una empresa de vigilancia, disponiéndose además incorporarse a la policía nacional. Respecto de este último aspecto, afirma el libelista que esto no puede ser una valoración de la conducta, pues conducta es “acción”, y esto es pasado del condenado, que en vez de ser negativo es positivo, por lo que es absurdo decir que haber sido policía y empleado de una empresa de seguridad constituye un aspecto negativo de su conducta.

Refiere además que no existen elementos fácticos en la conducta del señor Restrepo Bartolo que impliquen una particular gravedad, sin embargo el Juez de Ejecución de Penas valoró aspectos que no son propios de su conducta, sino inherentes al tipo penal por el cual fue condenado.

Así las cosas, no existió argumento válido para negarle la libertad condicional al señor Alexánder Restrepo, y por ello la decisión debió ser la de concedérsela.

Finalmente, indicó que en el presente evento se cumple con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, y además alega que para el caso concreto existe un defecto procedimental absoluto por parte de ambos jueces accionados, al haber actuado al margen del procedimiento establecido.

**LO QUE SOLICITA:**

El actor solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso del señor Alexánder Restrepo Bartolo, y en consecuencia de ello se le conceda la libertad condicional.

**TRÁMITE PROCESAL:**

La presente acción de tutela se recibió en este Despacho el 20 de junio del año avante, fecha en la cual se avocó su conocimiento en contra de los Juzgados Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Tercero Penal del Circuito. Además se consideró pertinente vincular de forma oficiosa al señor Alexánder Restrepo Bartolo y su apoderado judicial.

**RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS:**

Respecto de los requerimientos que se hicieron dentro del auto admisorio, tanto para los accionados como para los vinculados, únicamente se pronunció sobre el asunto el señor **Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad** en el siguiente sentido:

El titular del mencionado Despacho Judicial manifestó que ese Despacho avocó el conocimiento de la fase ejecutiva de la sentencia impuesta al señor Alexánder Restrepo Bartolo el día 2 de septiembre de 2013, a quien se le concedió el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria el 1º de agosto de 2016. Posteriormente, se le negó la libertad condicional mediante auto del 20 de febrero de 2017, al resultar adversa a sus intereses la valoración de la conducta cometida, decisión que fue apelada por parte del Ministerio Público y confirmada en segunda instancia por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito.

Frente al planteamiento central mediante el cual se fundamenta la acción constitucional, indicó que en efecto la Corte Constitucional señaló que el Juez de Ejecución de Penas en sus valoraciones subjetivas debe circunscribirse a la evaluación hecha en la sentencia condenatoria, no obstante ello se trata de una “directriz incompleta” que no puede tenerse como una verdad revelada que no admita discusión. Además la Corte Constitucional no explicó qué valoración debe hacerse cuando el cognoscente poco o nada dijo sobre la gravedad de la conducta, lo que implica un vacío al respecto.

Cuestiona entonces si ante un hecho grave, o de alto impacto social, en que el juez de la causa poco o nada haya dicho sobre la gravedad de la conducta, el juez de ejecución de penas tampoco pueda valorarlo, y por ende conceder el subrogado pedido. A su consideración no puede ser así.

Es así como ante la escasa valoración subjetiva de la gravedad de la conducta, por parte del Juez de conocimiento, efectuó apreciaciones genéricas que no devienen de la sentencia como valoración subjetiva hecha por el fallador, sino del ámbito de la función de prevención especial que tiene la pena impuesta.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

El problema jurídico del presente asunto gira en torno a establecer si en las actuaciones judiciales adelantadas en contra del señor Alexánder Restrepo Bartolo, se le conculcaron sus derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, y además se desconoció el precedente jurisprudencial, al negársele la libertad condicional con base en el análisis de la gravedad de la conducta punible por la cual se le sancionó, cuando en la sentencia condenatoria el Juez de conocimiento indicó que dicha conducta aunque reprochable no revestía mayor gravedad.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

**Solución:**

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, específico y directo, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen[[2]](#footnote-2); consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

En el presente asunto, la acción constitucional va encaminada a atacar una decisión judicial, por medio de la cual, en ambas instancias, al accionante le fue negado el subrogado penal de la libertad condicional por considerarse que la conducta delictual cometida es grave y amerita mantener la sanción penal.

Teniendo claro cuándo, de manera genérica, procede la acción constitucional, se hace necesario entrar a aclarar cuándo ésta procede para atacar decisiones judiciales, para ello la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos conocidos como causales de procedibilidad especiales, sin los cuales la tutela contra sentencia judicial deviene en improcedente:

*“(…) todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia:****(i)****defecto sustantivo, orgánico o procedimental;****(ii)****defecto fáctico;****(iii)****error inducido;****(iv)****decisión sin motivación,****(v)****desconocimiento del precedente y****(vi)****violación directa de la Constitución.”*

*Con todo, y aun cuando la acción de tutela puede servir como mecanismo judicial excepcional para enderezar las actuaciones judiciales equivocadas, es necesario que las causales específicas de procedibilidad que se hubieren alegado en cada caso, se aprecien de manera que permita que la presunta juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento, sea fácilmente desvirtuable. Así, puede concluirse que no toda irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura una vía de hecho.”[[3]](#footnote-3)*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el actor invoca la causal denominada “defecto procedimental absoluto”[[4]](#footnote-4), lo cual considera la Colegiatura como no atinado, ya que partiendo de lo manifestado por él en su escrito de tutela, se puede inferir que los cargos por los cuales se cuestionan las decisiones de los Despachos accionados, están relacionadas con un defecto sustantivo[[5]](#footnote-5), por interpretación errónea de las disposiciones que regulan la concesión del subrogado penal de la libertad condicional, toda vez que su discrepancia con las mismas, radica en que con ellas se haya negado el subrogado penal de la libertad condicional al señor Alexánder Restrepo Bartolo, cimentando esas decisiones en una indebida valoración de la conducta típica cometida por el condenado, pues a su consideración, se desconocieron los parámetros que respecto de la aplicación del artículo 64 del Código Penal estableció la H. Corte Constitucional en la sentencia C 757 de 2014.

Partiendo de lo anterior, se advierte en primer lugar que el análisis que debe llevar a cabo el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para establecer si un condenado puede o no ser favorecido con el subrogado de la libertad condicional, está reglamentado por lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, según el cual:

***“ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL.*** *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. (…)”*

En este punto es menester aclarar que el citado artículo 64 ha sido objeto de diversas modificaciones, entre ellas, la que trajo consigo la Ley 890 de 2004, siendo objeto de una demanda de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-194 de 2005, en aquella oportunidad el Alto Tribunal declaró la exequibilidad condicional de ese artículo, disponiendo en la parte resolutiva de aquel proveído:

*“TERCERO.****-****Por los cargos analizados en esta providencia, declarar EXEQUIBLE la expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta punible” contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal,* ***en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa.”***

Como se puede ver, a través de dicho pronunciamiento se supeditó el análisis que debía efectuar el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al momento de valorar la conducta del condenado que pretendiera la concesión de la libertad condicional, ciñéndose únicamente a lo contemplado en la sentencia condenatoria.

Sin embargo, en forma posterior se dispuso por parte del legislador una nueva modificación a la norma que nos concita, ésta vez a través del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que igualmente fue objeto de estudio por parte del Órgano de Cierre Constitucional a través de la Sentencia C 757 de 2014, en esta última oportunidad la Corte Constitucional cuestionó que a pesar de haberse efectuado un pronunciamiento previo por parte de ese órgano, acerca del condicionamiento a la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 890 de 2004, el legislador no hubiera contemplado esos lineamientos en la nueva modificación.

*“37. A pesar de lo anterior, la ampliación del conjunto de factores que puede tener en cuenta el juez no es el único efecto de haber removido la alusión a la gravedad de la conducta. En su redacción actual, el artículo 64 del Código Penal sólo ordena al juez otorgar la libertad condicional “previa valoración de la conducta punible”, pero no existe en el texto de la disposición acusada un elemento que le dé al juez de ejecución de penas un parámetro o criterio de ordenación con respecto a la manera como debe efectuar la valoración de la conducta punible. En esa medida, el problema no consiste únicamente en que no sea claro qué otros elementos de la conducta debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas, el problema es que la disposición tampoco le da un indicio de cómo debe valorarlos.*

*38. La Corte ya había restringido las posibilidades hermenéuticas en relación con la redacción anterior del artículo 64 del Código Penal por considerar que algunas de ellas resultaban contrarias a la Carta. Al redactar la nueva versión de dicho artículo, el legislador no sólo desconoció el condicionamiento introducido por la Corte en relación con la redacción anterior, sino que agregó un factor adicional de ambigüedad al remover la alusión a la gravedad de la conducta punible como uno de los factores que se deben tener en cuenta para decidir sobre la libertad condicional.” [[6]](#footnote-6)*

Así las cosas, la Corte Constitucional se vio en la imperiosa necesidad de volverse a pronunciar sobre al asunto, manteniendo la postura que inicialmente había planteado, según la cual el Juez que estudie la solicitud de libertad condicional impetrada por el condenado, debe valorar la conducta delictual únicamente desde lo que haya sido contemplado por el fallador en su sentencia, así lo explicó en esta última oportunidad el Máximo Tribunal Constitucional a través de la Sentencia C- 757 de 2014, en ésta reiteró lo ya dicho en la Sentencia C- 194 de 2005, afirmando que los argumentos esgrimidos en la misma resultaban válidos y aplicables para ese análisis:

*“****En primer lugar, debe advertirse que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no puede apartarse del contenido de la sentencia condenatoria al momento de evaluar la procedencia del subrogado penal.*** *Esta sujeción al contenido y juicio de la sentencia de condena garantiza que los parámetros dentro de los cuales se adopta la providencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad sea restringido, es decir, no pueda versar sobre la responsabilidad penal del condenado.*

*“En los mismos términos, 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 Medida 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.” (negrillas y subrayas por fuera del texto original)*

Más adelante señaló esa Corporación que:

*“31. En la Sentencia C-194 de 2005 la Corte estableció que la facultad de los jueces de ejecución de penas para conceder la libertad condicional con fundamento en la gravedad de la conducta punible no vulnera el non bis in ídem ni los fines de resocialización y la prevención especial de la pena. Sin embargo, la Corte adoptó esta decisión bajo un supuesto interpretativo determinado. El supuesto consiste en que, de conformidad con una interpretación razonable de la expresión demandada en aquella oportunidad, que era “previa valoración de la gravedad de la conducta punible”, los jueces de ejecución de penas no realizarían una valoración ex novo de la conducta punible. Por el contrario, el fundamento de su decisión en cada caso sería la valoración de la conducta punible hecha previamente por el juez penal.*

*32. Aun así, la Corte no descartó la posibilidad de que los jueces de ejecución de penas, o cualquier otro operador jurídico, razonablemente llegaren a interpretar el texto de manera diferente.* ***Por lo anterior, esta Corporación tuvo la necesidad de hacer una serie de precisiones en las consideraciones, y a condicionar la exequibilidad de su decisión. A pesar de considerar que la facultad de los jueces de ejecución de penas para valorar la conducta punible es exequible, el texto analizado en aquella oportunidad resultaba algo ambiguo y se prestaba para otras interpretaciones que resultarían contrarias a la Carta Política.*** *Así, la mencionada sentencia dijo:*

*“En atención a lo anterior, la Corte Constitucional declarará exequible la expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta punible”, contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, pero* ***para garantizar su correcta aplicación, la condicionará a que se entienda que la valoración que hace el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria****, por parte del juez de la causa.” (negrillas y subrayas por fuera del texto original)*

Finalmente concluyó ese Cuerpo Colegiado que el artículo 64 penal no es claro en determinar los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Ejecución de Penas, lo cual tacha como una “imprecisión”, y por ende consideró pertinente volver a condicionar la exequibilidad de la norma demandada:

*“En conclusión, la redacción actual el artículo 64 del Código Penal no establece qué elementos de la conducta punible deben tener en cuenta los jueces de ejecución de penas, ni les da una guía de cómo deben analizarlos, ni establece que deben atenerse a las valoraciones de la conducta que previamente hicieron los jueces penales. Este nivel de imprecisión en relación con la manera como debe efectuarse la valoración de la conducta punible por parte de los jueces de ejecución de penas afecta el principio de legalidad en la etapa de la ejecución de la pena, el cual es un componente fundamental del derecho al debido proceso en materia penal. Por lo tanto, la redacción actual de la expresión demandada también resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional.* ***En esa medida, la Corte condicionará la exequibilidad de la disposición acusada. Las valoraciones de la conducta punible que hagan los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.****”*

Es imperioso recordar que según el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias proferidas en el ejercicio de control constitucional son de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes.

Ahora, a la luz de lo dicho por la Máxima Guardiana Constitucional, y una vez revisada la sentencia por medio de la cual fue condenado el señor Alexánder Restrepo Bartolo, se observa que lo que allí se dijo respecto de la gravedad de la conducta delictual fue:

*“Ahora bien, para establecer la pena imponible en el caso en examen, habrá de tenerse en cuenta que no existe circunstancia alguna que merezca mayor reproche (…)”*[[7]](#footnote-7)

Discernimiento que incidió para que al momento de tasarse las penas, se partiera de la pena mínima.

A pesar de lo anterior, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en un claro apartamiento del precedente jurisprudencial trazado por la Corte Constitucional, al cual se hizo referencia en párrafos anteriores, y a través de su interpretación propia y personal del artículo 64 del Código Penal, dijo respecto de la valoración de la conducta desplegada por el señor Restrepo Bartolo que:

*“Estamos pues frente a una de esas conductas, que afectan notablemente a la comunidad, en la que sin recato alguno actor de los hechos tiene conciencia de la ilicitud de su proceder y sin mayores reparos decide portar el artefacto bélico sin que se conozca a ciencia cierta el propósito de ese accionar, sin que deje de llamar la atención cuál pudo ser la probable razón para que se hubiera asumido el riesgo de afrontar las consecuencias jurídicas que ese comportamiento actualmente le acarrea.*

*Desde luego que quien así procede pone en grave riesgo al conglomerado donde habita, exigiéndose en consecuencia un tratamiento más drástico en su proceso de resocialización penitenciaria, por la naturaleza y modalidad delictiva, porque las circunstancias que rodearon el hecho son suficientes para asegurar que necesita de tratamiento penitenciario, en tanto tal comportamiento evidencia una persona carente de los más mínimos principios y valores sociales, pues sin miramiento alguno decidió llevar consigo un arma de fuego, lo cual denota, valga iterarlo, una insensibilidad social y carencia de escrúpulos, en fatal detrimento de esos postulados mínimos de convivencia que hoy reclama nuestra sociedad.*

*Asi las cosas, por el aspecto subjetivo y el norte que demarca la teoría de la prevención especial (ínsita en la pena de prisión), se denegará al sentenciado Restrepo Bartolo, la libertad condicional deprecada, pues su buen comportamiento en reclusión, que fue calificado positivamente, por sí sólo, no le alcanza para cumplir el presupuesto subjetivo de procedibilidad, oteándose por el contrario necesaria su denegación.*

*En cuanto a la valoración subjetiva debe decirse que el Juzgado de Instancia al referirse a la suspensión condicional de la ejecución de la pena señalo:* En relación con lo manifestado por el señor defensor, quien hace un recuento de la vida del acusado y pone de presente que en otro asunto judicial se concedió el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, considerando el factor subjetivo debe primar, según esa tesis sobre el requisito objetivo relativo al quantum punitivo, referido en el artículo 63 C.P, se considera que, eventualmente podría admitirse como solución correcta al ponderar el aspecto subjetivo, para llegar a la conclusión que no debería dársele al quantum punitivo legalmente señalado, pero, en este caso concreto, no se arribaría a esa conclusión, si se tiene en cuenta que, según lo destaca el mismo defensor, el aquí condenado prestó su servicio militar en condición de policía bachiller, y luego, empezó a laborar en una empresa de vigilancia, disponiéndose, además, a incorporarse a la Policía Nacional, lo que de por si señala que debe tener un amplio conocimiento respecto de las armas de fuego, su manejo, cuidado y disposiciones relativas a su porte, por lo cual resulta exigible, con mayor razón, el deber de cuidado y cautela…”

*En otras palabras, la modalidad de la conducta contra la seguridad pública, al haber portado un arma de fuego, hechos por los que se procesó al señor Alexander Restrepo Bartolo, no permite un pronóstico favorable a su pretensión de libertad condicional, aunque haya cumplido con el aspecto objetivo de haber descontado las tres quintas partes de la pena, porque los ingredientes de la norma, como ya se explicitara, son concurrentes y no alternos, es decir, que se requiere que se satisfagan todos y cada uno de ellos, imponiéndose en consecuencia la negación de la excarcelación solicitada.”*

Tal argumentación sirvió de base para negar la solicitud de libertad condicional deprecada por el condenado, decisión que aunque apelada por el Ministerio Público advirtiendo la irregularidad, se confirmó en segunda instancia por parte del Juez Tercero Penal del Circuito.

En el presente caso, como viene de verse los Despachos accionados no sólo se apartaron del análisis que sobre la gravedad de la conducta del señor Alexánder Restrepo Bartolo realizara en su sentencia condenatoria el Juez fallador, sino que también se apartaron de lo establecido en la sentencia C-757 de 2014, por la Máxima Autoridad Constitucional, en cuanto a que el análisis de la gravedad de la conducta a realizarse al momento de estudiar la viabilidad o no de concederle a un condenado la libertad condicional, debe hacerse teniendo en cuenta lo que al respecto se dijo en la sentencia condenatoria.

En conclusión, el Juez de Ejecución de Penas, a fin de valorar la gravedad de la conducta, hizo uso de circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el Juez de Conocimiento al momento de dosificar las penas en consonancia con la gravedad de los cargos endilgados y aceptación por el entonces procesado.

Con base en lo dicho hasta el momento, se evidencia que efectivamente existió una violación al derecho al debido proceso del señor Restrepo Bartolo por parte de los accionados, porque en efecto incurrieron en “vías de hecho” por defecto sustantivo situación que lleva a este Juez constitucional, en aras de garantizar esa prerrogativa, a decretar la nulidad de la decisión adoptada el 20 de febrero de 2017, por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que en el plazo de diez (10) días hábiles profiera una nueva decisión, en la cual se tendrá en cuenta única y exclusivamente los criterios de la gravedad de la conducta consignados en la sentencia en la que se declaró la responsabilidad criminal del reo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso del señor **ALEXÁNDER RESTREPO BARTOLO** conforme lo manifestado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** **DECRETAR LA NULIDAD** de la decisión adoptada el 20 de febrero de 2017, por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que en el plazo de diez (10) días hábiles profiera una nueva decisión, en la cual se tendrá en cuenta única y exclusivamente los criterios de la gravedad de la conducta consignados en la sentencia en la que se declaró la responsabilidad criminal del señor Restrepo Bartolo.

**TERCERO:** **SE ORDENA** notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** En caso de no ser objeto de recursose ordena remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Sentencia T-117 de 2013) [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-3)
4. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido. (Sentencia T-117 de 2013) [↑](#footnote-ref-4)
5. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Sentencia T-117 de 2013) [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia C 757 de 2014 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 15 cuaderno de tutela. [↑](#footnote-ref-7)