



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2008-03100
Procesado: Pablo Bustamante Builes
Delito: Estafa agravada
Asunto: Apelación de auto que niega libertad
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 077

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

1. VISTOS

Resuelve la Sala del recurso de apelación presentado por el defensor del señor Pablo Bustamante Builes en contra del auto del 11 de julio de 2023, proferido por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín que denegó la solicitud de libertad condicional al procesado mencionado; aunque con precisión debe considerarse como una solicitud de libertad provisional por cuanto la sentencia condenatoria no se ha ejecutoriado al encontrarse en trámite el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la misma.

2. ANTECEDENTES

2.1. De la condena

2.1.1. El señor Pablo Bustamante Builes fue condenado en primera instancia por el Juzgado 23 Penal del Circuito de

Medellín, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2020, como autor responsable de la conducta punible de estafa agravada, imponiéndose una pena de 66 meses de prisión y multa de 386 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal; además, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, aunque le fue concedida la prisión domiciliaria bajo caución prendaria.

2.1.2. La anterior decisión fue apelada y, por medio de sentencia de segunda instancia del 21 de junio de 2021, esta Sala de Decisión confirmó la condena, aunque modificó la pena impuesta reduciéndola a 63 meses de prisión y multa de 342,48 SMLMV. Contra la anterior sentencia se interpuso el recurso extraordinario de casación, el que aún no ha sido resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la sentencia condenatoria no se encuentra en firme.

2.2. De la solicitud de libertad denominada como de libertad condicional

El defensor del procesado solicitó la concesión de la libertad condicional al considerar que su asistido reúne los requisitos que demanda el artículo 64 del Código Penal para su otorgamiento.

Así, respecto a la previa valoración de la conducta, sostuvo que debe tenerse en cuenta la resocialización y dignidad humana del procesado, haciendo hincapié en que, acorde con lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, como lo es la sentencia STP15806-2019 del 19 de noviembre de 2019, la sola alusión al bien jurídico que se afecta con las conductas punibles no puede tenerse, bajo ninguna circunstancia, como motivación suficiente para negar el subrogado.

Manifestó que el comportamiento del procesado ha sido ejemplar desde el punto de vista penitenciario, mientras que el bien jurídico afectado es de índole personal y se limitó a un hecho concreto que obedeció a una discusión jurídica en el seno familiar que trascendió al ámbito penal.

Informó que, tal como lo ha certificado el área jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos, encargado de la vigilancia de la prisión domiciliaria, el procesado cuenta con 3456 horas por trabajo para efectos de redención de pena, lo que equivaldría a 216 días o 7 meses y 6 días de pena redimida. Indicó que este tiempo, sumado al físico que lleva en detención desde el 2 de diciembre de 2020, arroja un total de 37 meses y 25 días, con lo cual se cumpliría el requisito de las 3/5 partes de la sanción de 63 meses de prisión impuesta.

Con relación al comportamiento en el tratamiento penitenciario, informó que, por medio de certificación expedida por el director del penal el 20 de junio de 2023, el procesado ha observado buena conducta durante el tiempo de reclusión.

Frente al arraigo familiar, sostuvo que este se ha demostrado durante todo el proceso, incluso se cuenta con un

domicilio fijo donde el procesado ha venido cumpliendo la pena, lo cual se soporta y actualiza con la información obrante en la cartilla biográfica aportada por el INPEC.

Respecto a la reparación de las víctimas, alegó que, al no existir sentencia condenatoria ejecutoriada, dicho condicionamiento no resulta exigible para la concesión del subrogado pretendido, para lo cual cita la sentencia STP8018-2022 con ponencia del magistrado Hugo Quintero Bernate de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2.3 Del auto impugnado

El Juez 23 Penal del Circuito de Medellín resolvió la solicitud al considerar que se tiene competencia para ello en virtud de lo establecido en el artículo 190 de la Ley 906 de 2004 que le asigna la competencia al juez de primera instancia durante el trámite de casación en lo referente a la libertad y demás asuntos que estén vinculados con la impugnación.

Estimó que la solicitud de libertad condicional se examina de cara a la regulación establecida en el artículo 64 del Código Penal, y encuentra que el subrogado debía ser negado por no configurarse el presupuesto atinente a la reparación de las víctimas, causa por la cual le resultó innecesario realizar el proceso previo de calcular la redención de pena para determinar el cumplimiento del factor objetivo, requerido para lo solicitado.

En criterio del juez, aunque la sentencia no está ejecutoriada y resulta improcedente el incidente de reparación

integral para fijar los perjuicios, estas circunstancias no impiden el restablecimiento del derecho de las víctimas, tal como se plasmó en el acta de compromiso suscrita por el procesado para iniciar la ejecución de la prisión domiciliaria.

Sostuvo que, de cara a la resocialización como finalidad de la pena en su ejecución, los derechos de las víctimas son prevalentes y en toda decisión que se adopte en el proceso penal deben tenerse en cuenta sus intereses, tal como sucedió en la sentencia en que se adoptaron medidas, como fue la cancelación de los títulos obtenidos fraudulentamente, advirtiendo que al respecto el procesado ha hecho caso omiso y, por el contrario, fijó su residencia para el cumplimiento de la prisión domiciliaria en uno de los inmuebles afectados. De tal manera que, a su juicio, el procesado no se encuentra apto para reintegrarse a la libertad ante el no reconocimiento de los derechos de las víctimas y sin contrarrestar los efectos del delito.

Juzgó que la restauración del derecho y el resarcimiento de las víctimas puede realizarse con independencia de la responsabilidad penal que se discute en casación, como se dejó en claro en el fallo de primer grado, por lo que no pueden entenderse suspendidos los derechos de las víctimas, que son intemporales, y razonar de otra forma implica que las víctimas en los procesos donde se interponga casación tendrían sus derechos suspendidos indefinidamente, situación que resulta inconstitucional.

En consecuencia, denegó la libertad condicional pretendida.

2.3. De la sustentación de la apelación

El defensor del procesado interpuso el recurso de apelación censurando el argumento del juez de primer grado que afianza la negativa de la libertad en una supuesta prevalencia de los derechos de las víctimas frente a los del procesado, quien, afirma, todavía no ha sido plenamente vencido en juicio; además de que no se habría respetado el estudio lógico jurídico de la procedencia del beneficio en cuestión, de acuerdo con el orden establecido en el artículo 64 del Código Penal, para lo cual trae a colación la sentencia STP8018-2022 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Considera que solo un yerro interpretativo y constitucional conduce a exigir el cumplimiento de una sentencia que no se encuentra ejecutoriada, lo que implica una violación al principio de inocencia, según lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, y un acto de deslealtad con el procesado, máxime que se le reprocha el lugar de cumplimiento de la privación de la libertad, cuando este fue seleccionado por el mismo juez de primera instancia.

Por tanto, estima que no resulta exigible el condicionamiento establecido en el inciso 3° del artículo 64 del Código Penal referente a la reparación de la víctima para la concesión de la libertad, para lo cual cita la sentencia STP8018-

2022 del 22 de junio de 2022, Radicación 123.352, M. P. Hugo Quintero Bernate de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que se trató un tema similar en sede de tutela.

Arguye que, si bien en la diligencia de compromiso para el otorgamiento de la prisión domiciliaria se indicó que dentro del término que fijara el juez serían reparados los daños ocasionados con el delito, lo cierto es que ello implica la existencia de una decisión judicial de unos daños probados, siendo el escenario idóneo el incidente de reparación integral que aún no se ha iniciado, por cuanto la sentencia no se encuentra en firme; además de que existe la alternativa de que, de existir decisión al respecto, los daños puedan ser asegurados o pagados mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima como se plasmó en el acta de compromiso.

Señala que los títulos cuya cancelación fue ordenada en la sentencia no corresponden al inmueble donde el procesado ha venido cumpliendo la pena, pues estos se refieren a dos escrituras públicas que aluden a unos derechos, mas no a una propiedad en especial; fuera de que el procesado no está llamado a realizar la hipotética cancelación.

Finalmente, alude al cumplimiento de los demás requisitos exigidos para la concesión de la libertad condicional y que fueron argumentados en la inicial solicitud, esto es, lo referente a los presupuestos objetivos y subjetivos que demanda su otorgamiento, así como a la redención de pena por

actividades de trabajo realizadas por su representado mientras permaneció privado de su libertad.

En síntesis, solicita se revoque el auto recurrido y, en su lugar, se conceda la libertad condicional a su asistido.

5. CONSIDERACIONES

Atendiendo a que la sentencia que condenó a Pablo Bustamante Builes aún no se encuentra ejecutoriada, es del caso que este Tribunal examine si se presentan los presupuestos para que el procesado acceda a la libertad provisional por haber cumplido en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional.

Inicialmente se hace necesario puntualizar que el juez de conocimiento es el competente para resolver este tipo de solicitudes, facultad que se activa desde el anuncio del sentido del fallo, momento procesal desde el cual el juez de conocimiento empieza a gobernar el aseguramiento del procesado y todo lo relativo al régimen de libertad del mismo, así frente a algunos institutos que son de competencia reservada de los juzgados de ejecución de penas pueda solo tomar decisiones provisorias mientras el competente se pronuncia o decide.

Y es que no podría tener competencia para este momento procesal el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad por la potísima razón de que la sentencia condenatoria proferida tanto en primera como en segunda instancia aún no

se encuentra ejecutoriada, por lo que las solicitudes de libertad que puedan existir le corresponde resolverlas al juez de conocimiento, quien cuenta con la potestad —deber— de vigilar en primera instancia la ejecución de la privación de la libertad hasta la ejecutoria del fallo, momento a partir del cual le corresponderá a ejecución de penas.

Sabido es que la competencia para otorgar la libertad condicional la tiene este último funcionario, por esta razón es impreciso examinarla como tal para este momento procesal, pues lo correcto es extraer sus consecuencias beneficiosas que repercuten en la libertad del procesado como una excarcelación provisional. Ciertamente el subrogado penal en mención solo puede existir cuando se ha ejecutoriado la sentencia, de modo que el procesado adquiera la calidad de condenado y exista, en términos jurídicos plenos, la pena que se va a subrogar, por lo cual es indiscutible que solo los jueces de ejecución de penas pueden adoptar esta decisión.

Entonces, se trata materialmente de una solicitud de libertad provisional por cuanto para el momento, en criterio del solicitante, procedería la libertad condicional.

Algo similar ocurre con las redenciones de pena, que lógicamente demandan que esta exista para poder ser redimida en la porción que corresponda; aspecto que demarca inexorablemente que la competencia para hacerlo sea en sede de ejecución de penas; esto es, después de la ejecutoria de la sentencia. Sin embargo, ello no significa que el juez de conocimiento no pueda provisoriamente estimar si la redención

procede para efectos de tomar las decisiones que sean de su competencia, entre las que se encuentra otorgar la libertad provisional después de haberse efectuado el anuncio del sentido del fallo y hasta que este cobre firmeza.

Aunque no fue tema de debate, cabe precisar que en eventos como el presente opera la remisión a la Ley 600 de 2000, en aplicación a la favorabilidad de doble vía, en tanto en dicha codificación, el numeral 2 del artículo 365, que trata de las causales de libertad, dispone:

“2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de la pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.”

No sobra acotar que la favorabilidad de normas de Ley 600 a Ley 906 y viceversa aun rige en nuestro ordenamiento puesto que aquella norma no ha desaparecido y nos encontramos en una república unitaria y las regulaciones mencionadas tienen vocación de ser aplicadas en todo el territorio nacional, de modo que los beneficios sustanciales que alguna de ellas establezca no deberían ser exclusivos de la otra regulación, salvo que los imperativos sistemáticos impidan hacerlo por tratarse de situaciones diversas o de regulaciones incompatibles, o cuando

no resulte realmente favorable, asuntos que aquí estarían notoriamente descartados.

En efecto, carecería de sentido que un derecho como es el de la libertad, por efectos de la regulación del trámite de la adjudicación del derecho penal, específicamente si se trata de un proceso mixto o de tendencia acusatoria, pueda verse mermado por aspectos instrumentales cuyo sentido es realizar el derecho sustancial.

Pero, aunque no procediera la favorabilidad de doble vía, otras líneas de argumentación sustentan la procedencia de la estimación anticipada de la libertad condicional para incidir como causa de excarcelación en considerar cumplida la pena en lo que concierne obviamente a la privación de la libertad, como son: (i) la carencia de necesidad de la restricción de la libertad por la procedencia de subrogados y (ii) la analogía en buena parte.

Naturalmente, de establecerse anticipadamente que procede un subrogado, no tiene ningún sentido procesal mantener la privación de la libertad, además que contraría las exigencias de las doctrinas constitucionales al respecto y el sentido común. A su vez, este aspecto torna análoga la situación al cumplimiento de la pena en lo relevante, esto es, que, cumplida total o parcialmente, pero con el derecho a la libertad condicional, carecería de finalidad atendible mantener la detención.

Entonces, por distintas vías de razonamiento se llega a la conclusión de que, aunque expresamente no se mantuvo la consagración legislativa que al respecto había hecho la Ley 600 de 2000, que ya fue citada en precedencia, al decirse en la Ley 906 de 2004 en su artículo 317 que consagra las causales de libertad, en su numeral 1°, que: *“cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga...”*, resulta conveniente conservar los eventos que aclaraba la primera norma citada por ir de suyo incluidas en este texto más abierto o, si se quiere, por analogía e imperativos sistemáticos o, en último término, por la favorabilidad de doble vía que, como hemos advertido en ocasiones anteriores, más que ser un asunto de sucesión de leyes en el tiempo es de coexistencia de normas nacionales bajo el principio de que no se puede dispensar un trato distinto ante situaciones similares por razones procesales, pues no hay duda de que los destinatarios de la Ley 600 de 2000, que tiene plena vigencia aun en el país, tendrían el derecho que se le concede ahora a un destinatario de la Ley 906 de 2004.

Habilitado entonces el Tribunal para efectuar el estudio en el caso concreto sobre la procedencia de la libertad provisional a favor del procesado, se centrará inicialmente el análisis en la exigencia del requisito referente a la supeditación del beneficio a la reparación de la víctima establecido en el artículo 64 del Código Penal¹ y que fue el obstáculo para que el juez de primer

¹ **ARTÍCULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL.** <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

grado se abstuviera de verificar los demás presupuestos que demanda el subrogado en mención.

Para resolver la discusión planteada ha de partirse de que para este momento la sentencia condenatoria, proferida en primera instancia y confirmada parcialmente en segunda instancia, no se encuentra ejecutoriada al estarse surtiendo en la actualidad ante la Corte Suprema de Justicia el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la condena.

Aunque es cierto que una sentencia condenatoria faculta al funcionario judicial para hacer efectiva la restricción de la libertad del procesado que es declarado penalmente responsable, dicha providencia no constituye fuente de obligaciones civiles hasta tanto alcance firmeza, de ese modo, los actos de reparación o indemnización pretendidos por las víctimas, sean de índole económico o no, solo pueden determinarse con la ejecutoria de la sentencia condenatoria como requisito necesario para el inicio del incidente de

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.

reparación integral en los términos de los artículos 102 y 103 del Código de Procedimiento Penal, pues solo será a través de esa actuación que se podrá determinar el monto y la clase de indemnización pretendida por las víctimas.

De modo que no resulta razonable jurídicamente exigir la reparación a la víctima o el aseguramiento de su pago cuando para este momento no existe decisión en firme al respecto ni se tiene conocimiento de cuál será la cantidad o modo, incluido el plazo, en el que se deberá indemnizar.

Plantea el juez de primer grado que prevalecen los derechos de las víctimas, que además no están en suspenso, sobre los del procesado; subregla en la aplicación del derecho que nos resulta infundada e ignoramos de dónde se extrae, puesto que si se trata de cotejar el derecho abstracto a la reparación de las víctimas, a la que el juez le da trascendencia iusfundamental con el de la libertad del procesado, específicamente en la garantía de no continuar privado de ella sin necesidad y que obligaría a percibir la ponderación, lo cierto es que por ahora no está en firme su reconocimiento abstracto y todavía no se ha determinado en concreto su monto ni exigibilidad.

En estas condiciones, la Sala juzga lo contrario, pero no por la estirpe de los derechos enfrentados, sino por su exigibilidad, de modo que no pueden prevalecer en el caso las expectativas fundadas a una reparación frente al hecho cierto de que se prolongue la privación de la libertad de modo

innecesario de cumplirse los supuestos del subrogado pretendido en lo que es posible.

En modo alguno se trata de que los derechos de las víctimas se suspendan, sino de percibir la realidad procesal, esto es, aun no se ha reconocido el derecho abstracto a la reparación con la firmeza requerida y aún más no se ha concretado.

En este contexto, viene bien considerar lo dicho en la sentencia STP8018-2022 del 22 de junio de 2022, Radicación 123352, M. P. Hugo Quintero Bernate, citada por el apelante, la cual es reiterada en la sentencia de tutela STP1061-2023 del 26 de enero de 2023, Radicación 128087, con ponencia de la magistrada Myriam Ávila Roldán, en la que la Alta Corporación, a pesar de confirmar la improcedencia del amparo constitucional por motivos de subsidiariedad, al encontrarse en trámite el recurso de apelación contra la decisión que el accionante denunciaba como vulneradora de derechos fundamentales, decidió hacerle un llamado a los jueces accionados para que tuviesen en cuenta la posición que la Sala de Casación Penal en pleno ha mantenido respecto a la exigencia del pago de perjuicios cuando se examina la concesión de la libertad provisional como requisito contenido en el artículo 64 del Código Penal. Veamos:

“(…)

45.- Pese a lo anterior, la Sala considera pertinente poner de presente a los despachos accionados el fallo de tutela CSJ, STP8019-2022, 22 jun. 2020 (sic), rad. 123352, que fue suscrito por la Sala Plena de la Sala de Casación Penal de esta

corporación, en el cual se analizó un caso similar al asunto debatido por el demandante. En esa ocasión se examinó la exigencia del pago de los perjuicios como requisito para conceder la libertad condicional, cuando esa condena aún no había sido impuesta. En esa ocasión se dijo lo siguiente:

[...] Así entendidas las disposiciones y el estado en que se encuentra el proceso, en esta última situación estudiada, deberán analizarse las solicitudes de libertad como provisionales, dado el estado de la sentencia, pero con los requisitos de la libertad condicional, porque ya se trata es del cumplimiento de una sentencia, en tanto, se advierte, la ley prevé que una sentencia no ejecutoriada sea fuente de la privación de la libertad.

Así entonces, el Juez debe iniciar su labor de análisis con el propósito de resolver el tema de la libertad, con la valoración de la conducta punible por la que fue condenado el sujeto, que si bien es cierto no es un requisito contenido en la enunciación de tales en el artículo 64, si es un presupuesto necesario para la definición del beneficio que se le reclama.

De acuerdo con ello debe entonces también acreditarse, el cumplimiento de los tres requisitos que contiene el artículo 64 del Código Penal, esto es: (i) cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena; (ii) adecuado comportamiento en el centro de reclusión, y (iii) demostración de arraigo familiar y social.

Sin embargo, como se trata de una sentencia no ejecutoriada, no resulta exigible el condicionamiento establecido en el inciso 3° del artículo 64 del C.P., que supedita la concesión del beneficio a la reparación de la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización.

La razón de esa no exigibilidad se inscribe en la misma lógica de las consecuencias asociadas a una sentencia no ejecutoriada.

Ese tipo de fallos sirven como fuente de la privación de la libertad del acusado declarado culpable, como se ha explicado suficientemente. Pero no es fuente de obligaciones hasta que no alcance ejecutoria. En el Sistema Penal Acusatorio, cuando no se ejercen los mecanismos de terminación anticipada del proceso ni los de justicia restaurativa, y las partes deciden ir a juicio para terminar el proceso por el cauce ordinario, las pretensiones indemnizatorias (económicas o no) de las víctimas sólo pueden conocerse cuando la sentencia condenatoria se encuentra en firme. Esa firmeza es condición sine qua non para iniciar el incidente de reparación integral, tal como lo manda el artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

Esta norma permite sostener que resulta imposible para el procesado que ha sido condenado, conocer, antes de que alcance firmeza la sentencia, el monto de la indemnización que debe cancelar a la presunta víctima, pues conforme a ese precepto y al 103 que dispone cómo es el trámite del incidente de reparación integral. Es apenas allí donde se conocerá la clase y la cantidad de indemnización a la que aspira la víctima y las pruebas para hacerla valer.

IV- La Vulneración Constitucional:

Explicadas así las normas y determinada fehacientemente la naturaleza de la sentencia y su estado actual, surge evidente que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo al fundamentar la revocatoria de la libertad en que “el procesado no realizó esfuerzo alguno en reparar el daño ocasionado con su conducta a la víctima o, en su defecto, asegurar el pago de la indemnización a través de caución”.

Ese yerro, ocasionado por el desconocimiento de la situación procesal actual de ULISES DE JESÚS MARIÑO MORALES, llevó a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo incurriera en un defecto de carácter sustantivo, el que no solo se realiza cuando la autoridad judicial utiliza una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es (artículo 317.1 de la Ley 906 de 2004), sino que también se incurre en tal vía de hecho cuando se opta por una interpretación que contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica.

Este último evento se verificó en el sub examine, y configura una vía de hecho por defecto sustantivo. El error de hermenéutica ocasionó que aunque se aplicó una de las normas llamadas a regular el caso, el artículo 64 del Código Penal, se interpretó insularmente al ignorar la realidad procesal, pues se desconoció la falta de ejecutoria de la sentencia condenatoria, lo que, claramente, impedía exigirle al acusado declarado culpable el pago de la indemnización a la víctima.

El funcionario judicial incurrió en violación al debido proceso al no realizar un razonamiento diferencial frente a los casos con fallos que han hecho tránsito a cosa juzgado, con el fin otorgarle a la norma el alcance jurídico correcto. De esa manera el Tribunal terminó por imponerle al accionante en tutela una obligación de imposible cumplimiento para impedirle alcanzar su derecho a la libertad, a través de la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, en su vertiente de defensa del valor material de la justicia y resguardo

del principio de legalidad e interpretación de las normas en favor del reo.

En consecuencia, se dejará sin efecto el auto interlocutorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 15 de marzo de 2022, por medio del cual se revocó la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama el 3 de diciembre de 2021 que le concedió la libertad a ULISES DE JESÚS MARIÑO MORALES.

Se ordenará al Tribunal que resuelva la apelación presentada por el representante de víctimas conforme las directrices señaladas en la presente providencia, y estudie la libertad provisional con los requisitos exigidos en el artículo 64 del Código Penal, omitiendo la exigencia de la indemnización a las víctimas contenido en el inciso 3º, como quiera que la sentencia no se encuentra ejecutoriada [Resaltado de la Sala].

(...)"

En conclusión, en casos como el que es objeto de estudio no procede la exigencia referente a la reparación de las víctimas o el aseguramiento de su pago como requisito para conceder el beneficio solicitado, motivo por el cual, removido el obstáculo que así lo impedía, procederá la Sala a determinar si se cumplen los demás presupuestos exigidos para el otorgamiento de la libertad condicional, entendida en este estadio procesal como libertad provisional, acorde con lo ampliamente explicado en precedencia.

En este evento para definir la procedencia de la eventual libertad, la norma aplicable al procesado es la contenida en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, dado que le resulta más favorable por cuanto los requisitos para la concesión del subrogado penal que demanda esa disposición se restringen a: i) la previa valoración de la conducta punible; ii) que se hayan cumplido las tres quintas partes de la condena; iii) que del adecuado desempeño

del interno en el establecimiento carcelario el juez pueda deducir fundadamente que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena; y iv) que se demuestre el arraigo familiar y social del sentenciado.

Respecto al primer requisito sobre la previa valoración de la conducta, la Sala considera que se cumple en este caso por cuanto la conducta punible no fue valorada como grave para efectos de negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, del que solo se analizó el presupuesto objetivo de procedencia. Aunque se hizo alusión a situaciones que imprimirían una mayor gravedad a la conducta cometida como la pluralidad de víctimas, la calidad de abogado del procesado y a la vez familiar de los afectados que los llevó a depositar en él su confianza, o la cuantía de la estafa; dichos factores fueron tenidos en cuenta para efectos de dosimetría punitiva dentro del cuarto de movilidad fijado por el juez, que correspondió al primer cuarto por no concurrir circunstancias de mayor punibilidad y, en cambio, dos de menor consistentes en la carencia de antecedentes penales al momento de la comisión del delito y la reparación parcial a las víctimas.

Entonces, los juzgadores de instancia solo acentuaron la responsabilidad dentro de la naturaleza propia del delito que es contra el patrimonio económico en el que obviamente no se empleó violencia y más bien se trató de un delito cuyo alcance de afectación al bien jurídico se contrajo al entorno familiar, situación que demarca que la modalidad y gravedad no resultan un obstáculo para la procedencia del subrogado.

Ahora bien, si en gracia de discusión se entendiera que la conducta fue considerada como grave, es menester considerar el cambio jurisprudencial no solo derivado de la variación legislativa de la norma bajo análisis, sino también de que la labor de valoración de la conducta no se hace solo con lo establecido en los fallos, de los que se examina tanto las circunstancias gravosas como aquellas beneficiosas para el procesado, sino en correlación con las finalidades de la pena, y en especial de la rehabilitación; aspecto este último que hace imperativo contar con el concepto del comité de disciplina del centro de reclusión y de los certificados de conducta.

Sobre este preciso aspecto resulta relevante citar el fallo de tutela STP10556-2020 del 24 de noviembre de 2020, Radicación No. 113803, con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier, en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró los parámetros que deben verificarse al momento de evaluar el requisito atinente a la previa valoración de la conducta:

“Bajo este respecto, esta Corporación ha considerado que no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional a partir solo de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena debe ser examinadas por los jueces ejecutores, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que de contera debe ser analizado. Así se indicó².

***i)** No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos, como sucede con el artículo 68 A del Código Penal.*

² Cfr. STP 15806-2019 rad. 107644 19 nov 2019.

En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales;

ii) *La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas;*

iii) *Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización.*

Por tanto, la sola alusión a una de las facetas de la conducta punible, esto es, en el caso concreto, solo al bien jurídico, no puede tenerse, bajo ninguna circunstancia, como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal.

Esto, por supuesto, no significa que el juez de ejecución de penas no pueda referirse a la lesividad de la conducta punible para valorarla, sino que no puede quedarse allí. Debe, por el contrario, realizar el análisis completo.

iv) *El cumplimiento de esta carga motivacional también es importante para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, pues supone la evaluación de cada situación en detalle y justifica, en cada caso, el tratamiento diferenciado al que pueda llegar el juez de ejecución de penas para cada condenado.”*

Así las cosas, a pesar de que el juez de primer grado consideró ciertos aspectos que motivaron apartarse del mínimo de la sanción a imponer, el Tribunal decidió modificar la sanción y realizar una reducción a la pena impuesta al juzgar que la primera instancia había considerado factores como las actuaciones de terceras personas refiriéndose a los

guardaespaldas del procesado o la utilización de acciones judiciales con el fin de incrementar el daño producido con el delito.

Por su lado, de los certificados de conducta y concepto favorable del Consejo de Disciplina del establecimiento penitenciario que vigila la prisión domiciliaria al procesado, se desprende que en general ha exhibido una buena conducta durante su reclusión.

Por tanto, al realizar el test de proporcionalidad ya referido en la jurisprudencia antes citada, encuentra la Sala que se cumple a cabalidad con el presupuesto de la valoración de la conducta que se estima no reviste una mayor gravedad para efectos de la concesión de la libertad provisional que acá se analiza.

En lo atinente al requisito objetivo, se tiene que las tres quintas partes de la condena de 63 meses impuesta a Pablo Bustamante Builes equivalen a 37 meses y 24 días, de los cuales físicamente ha descontado 31 meses y 22 días en prisión domiciliaria, si se tiene en cuenta que esta se hizo efectiva a partir del 5 de diciembre de 2020, fecha en que se suscribió la diligencia de compromiso. En consecuencia, para que proceda la libertad se requiere que redima pena cuando menos por 6 meses y 2 días.

No sobra advertir que la redención de pena por el trabajo desarrollado en prisión domiciliaria está autorizada legalmente como se desprende del contenido de los artículos 80 y 81 del

Código Penitenciario y Carcelario³, desarrollados a su vez en la Resolución 010383 del 5 de diciembre de 2022, por medio de la cual se determinan y reglamentan las actividades de trabajo, enseñanza y los programas de educación válidos para evaluación y certificación de tiempo para la redención de pena en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional.

Al observar las constancias que obran en los certificados de cómputos allegados por el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Osos en los que claramente se señala que el procesado estuvo desarrollando “labores agrícolas y pecuarias” en la sección de “domicilio labor en finca” desde el mes de enero al mes de marzo de 2022 realizó 576 horas; entre los meses de abril y septiembre de 2022, se certificaron 1192 horas; para el período comprendido entre los meses de octubre y diciembre de 2022, se certificaron 600 horas; y entre los meses de enero y marzo

³ **ARTÍCULO 80. PLANEACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.** La Dirección General del INPEC determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena. Fijará los planes y trazará los programas de los trabajos por realizarse.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario procurará los medios necesarios para crear en los centros de reclusión, fuentes de trabajo, industriales, agropecuarios o artesanales, según las circunstancias y disponibilidad presupuestal.

- Aparte subrayado declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1510-00 del 8 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 'bajo el entendido de que ellas comprenden también los casos de detención domiciliaria o de detención parcial en el lugar de trabajo y sin que se pueda discriminar entre el trabajo material y el intelectual.'

ARTÍCULO 81. EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL TRABAJO. <Artículo modificado por el artículo 56 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el Director.

El Director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores que se establezcan al respecto.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también para los casos de detención y prisión domiciliaria y demás formas alternativas a la prisión.

PARÁGRAFO 2o. No habrá distinciones entre el trabajo material y el intelectual.

de 2023 realizó 600 horas; para abril y mayo de 2023 se certificaron 312 horas; finalmente, según la cartilla biográfica del interno aportada por el establecimiento penitenciario, mediante certificado 18876790 del 20 de junio de 2023, le fueron reconocidas 176 horas por actividades desarrolladas entre el 20 de mayo y el 16 de junio de 2023.

Sumadas así arrojan un total de 3456 horas por trabajo que, en razón de 8 horas por día, permite deducir un total de 432 días, lo que, a su vez, para efectos de redención de pena de modo provisional, permite determinar un total de 216 días, esto es, 7 meses y 6 días de redención, acorde con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penitenciario y Carcelario⁴. Lo anterior permite concluir que se supera el presupuesto objetivo para la concesión de la libertad condicional.

En cuanto al presupuesto subjetivo, se tiene que el artículo 64 del Código Penal establece que procederá la libertad condicional del sentenciado siempre y cuando 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. Así las cosas, en cuanto al comportamiento observado durante la prisión domiciliaria se

⁴ **ARTÍCULO 82. REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO.** El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad.

A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo.

tiene que, según lo informado por el Consejo de Disciplina del establecimiento penitenciario encargado de su vigilancia, se da cuenta de que observó buena conducta durante el tiempo de reclusión.

Respecto al arraigo familiar y social del procesado, se tiene que este ejerce como abogado y se puede verificar en el expediente que mientras estuvo recluso en detención domiciliaria no se sustrajo de sus compromisos, en tanto no se observan reportes negativos en su contra, además de que asistió a las audiencias que le fueron programadas durante el proceso, incluso estuvo presente en la audiencia de sentido del fallo cuando se ordenó su captura y se presentó de manera voluntaria para el cumplimiento de la prisión domiciliaria otorgada, situaciones que no ponen en entredicho el arraigo familiar y social para hacerse acreedor a la libertad condicional cuando en su momento la examine el juez competente de ser procedente.

En conclusión, al encontrar reunidos los requisitos exigidos por la ley considera el Tribunal anticipadamente que procedería la concesión de la libertad condicional, aspecto que de ser del caso en su momento decidirá definitivamente el juez de ejecución de penas por ser el competente para dicho efecto.

Por consiguiente, se ordenará la libertad provisional del señor Pablo Bustamante Builes bajo caución prendaria que se entenderá corresponde a la prestada para efectos de gozar de la prisión domiciliaria, por lo que esta misma caución será la que respalde los compromisos adquiridos, mientras no varíen los

presupuestos señalados con ocasión de la decisión que se tome en sede de casación al resolverse el recurso extraordinario interpuesto.

La libertad se otorgará previa suscripción de la diligencia de compromiso en la que se impondrán las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal, específicamente las de observar buena conducta en el sentido constitucional de no cometer delitos y presentarse cuando el funcionario competente lo requiera. Por último, cabe agregar que la libertad se hará efectiva siempre y cuando el señor Pablo Bustamante Builes no sea requerido por otra autoridad, caso en el cual se pondrá a su disposición.

En mérito de lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín,

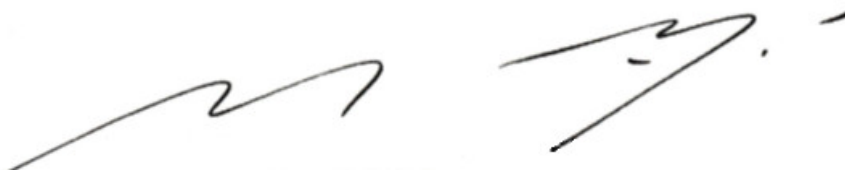
R E S U E L V E

Revocar el auto recurrido y, en su lugar, conceder la libertad provisional al señor Pablo Bustamante Builes, con la imposición de las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal, específicamente las de observar buena conducta en el sentido constitucional de no cometer delitos y presentarse cuando el funcionario competente lo requiera. Estos deberes se garantizarán mediante caución que se entiende corresponde a la misma que fue prestada para efectos de materializar la prisión domiciliaria. La libertad se hará efectiva siempre y cuando el señor Pablo Bustamante Builes no sea requerido por

otra autoridad, caso en el cual se pondrá a su disposición, advertencia que expresamente se hará en el oficio respectivo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PIO NICOLAS JARAMILLO MARIN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO