



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

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

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
Magistrado ponente

STP8719-2020

Radicado N° 112813.

Acta 207

Bogotá, D.C., primero (1°) de octubre de dos mil veinte (2020).

A S U N T O

Procede la Sala a resolver la acción de tutela presentada por **HERNANDO RUBIO CRIOLLO**, contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y el Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la capital del Departamento del Tolima, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libertad y al acceso a la administración de justicia, acaecida dentro del proceso que se adelantó en su contra, radicado con el número 73001-31-07-002-2005-00179-00.

Al trámite fueron vinculados los sujetos procesales e intervinientes dentro de la actuación penal citada.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del libelo introductorio y las pruebas obrantes en el expediente se extrae que el Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué vigila la pena de 34 años, 3 meses y 21 días de prisión impuesta a HERNANDO RUBIO CRIOLLO, por los delitos de *Secuestro extorsivo agravado, Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones* (concurso homogéneo) y *Hurto calificado-agravado* (concurso sucesivo), luego de que el 25 de enero de 2017 realizara acumulación de las sanciones impuestas al mismo dentro de los radicados 73001-31-07-002-2005-00179-00 (N.I. 13525), 11001-31-04-041-2011- 00935-00 (N.I. 8512) y 68001-31-04-007-2003-00334-00 (N.I. 1492).

Mediante interlocutorio del 6 de febrero del año en curso, el funcionario judicial singular mencionado negó la solicitud del permiso administrativo hasta por 72 horas deprecado por RUBIO CRIOLLO, pues constató que no cumplía con el factor objetivo exigido por el numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 (modificado por el canon 29 de la Ley 504 de 1999), en virtud del cual los condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, tienen que descontar el 70% de la pena impuesta para acceder al mentado beneficio.

En contra de la anterior decisión el sentenciado interpuso los recursos ordinarios, motivo por el cual, al resolver el de carácter horizontal, el juzgador, mediante auto del 14 de mayo siguiente, mantuvo su decisión, concediendo, de contera el de apelación.

En la misma providencia se negó la concesión de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38-B del Código Penal, dado que uno de los delitos por los cuales descuenta pena RUBIO CRIOLLO se encuentran enlistado en el inciso segundo del artículo 68-A *ibidem* como aquellos excluidos de aquella sustitución, amén de que “*el quantum de su pena supera el lapso contemplado en el numeral 1º de la norma que acaba de verse*” (ocho años).

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante interlocutorio del 6 de agosto último, al desatar aquel recurso vertical, confirmó lo decidido por el *A quo*, por cuanto “*el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, modificado por el 29 de la Ley 504 de 1999, exige para la concesión del permiso administrativo de hasta 72 horas haberse descontado el 70% de la pena impuesta, en tratándose de condenas proferidas por la justicia especializada*”.

Añadió que aun cuando el condenado afirma que tal disposición carece de vigencia, ello no es así, ya que a “*las*

normas contenidas en el Capítulo IV Transitorio de la Ley 504 de 1999 que regulan lo concerniente a la justicia especializada, se les confirió carácter indefinido mediante el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007”, tal y como fue determinado por la Sala de Casación Penal en varias decisiones de tutela.

En vista de lo anterior, **HERNANDO RUBIO CRIOLLO** acude a la presente acción de tutela, tras estimar violados sus derechos al debido proceso, a la libertad y al acceso a la administración de justicia, ya que, en su sentir, a él no puede aplicársele el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, “*toda vez que para el momento de la comisión de las conductas que se [le] endilgan (año 2004) la vigencia del Artículo 147 de la ley 65 de 1993 estaba condicionada a 8 (Ocho) años*”, no pudiéndose aplicar, para el efecto, una ley posterior, como lo es la 1142 de 2007, pues la misma le resulta desfavorable a sus intereses, aunado a que para la fecha en que la misma entró a regir, “*ya había perdido vigencia, para [su] caso particular, la exigencia del tiempo contenida en el numeral 5 del artículo 147 de la ley 65 de 1993, por efectos de lo estipulado en el artículo 29 de la ley 504 de 1999*”.

Es por lo anterior que pregoná que aquella disposición del Código Penitenciario y Carcelario “estaría ‘en blanco’ y, a pesar de ello, se le sigue dando aplicación en varias jurisdicciones lo que trae como consecuencia la vulneración

de los principios de igualdad, debido proceso y favorabilidad”.

De igual manera, aduce que tampoco es de su recibo la negativa del juez singular en relación con la no concesión de la prisión domiciliaria, con fundamento en lo consagrado en el artículo 68-A del Código Penal, por cuanto los delitos a él atribuidos fueron ejecutados en el año 2004, resultando así evidente que “*la norma [que lo] cobija, es el Artículo 5 de la ley 890 del 2004, que [le] es más favorable, toda vez que no contiene exclusión ni prohibición alguna*”, disposición ésta que, en aplicación del principio de favorabilidad, debe regir su situación.

Con fundamento en lo anterior pretende se disponga la protección de sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, se dejen sin efecto las decisiones censuradas.

I N F O R M E S

La magistrada ponente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué se limitó a allegar copia de la providencia emitida por la misma el 6 de agosto del año en curso, a través de la cual se confirmó la decisión del Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la capital del Departamento del

Tolima, de no conceder permiso administrativo de hasta 72 horas a HERNANDO RUBIO CRIOLLO, para salir del establecimiento penitenciario en el que se encuentra recluido.

El titular del **Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué**, luego de hacer reseña de lo acontecido dentro del proceso por el cual se encuentra descontando pena el aquí accionante, alude que, en efecto, el 6 de febrero del año en curso le negó al mencionado “*la concesión del beneficio administrativo de hasta 72 horas, decisión que fue objeto de recurso, el cual en providencia del 14 de mayo de 2020 le fue negado el recurso de reposición y le fue concedido el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, dicha autoridad con proveído del 6 de agosto de 2020, confirmó la decisión recurrida*”.

Afirma que en dichas providencias se consignaron las razones de hecho y de derecho que llevaron a su adopción, lo que ocurrió con soporte en pronunciamientos tanto del mismo Tribunal, como de la Corte Constitucional, concluyéndose que el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 resulta aplicable al caso, razón por la cual RUBIO CRIOLLO debe descontar el 70% de la pena impuesta, para ser beneficiario de dicho permiso administrativo, ya que fue condenado, en su momento, por la justicia especializada.

Con fundamento en ello afirma que “*no resultan arbitrarios, antojadizos o caprichosos los argumentos que se consignaron en las providencias que no le han avalado al penado RUBIO CRIOLLO la aprobación del permiso administrativo de hasta 72 horas y que denegó los recursos interpuestos, pues esas decisiones fueron tomadas conforme a la normativa del caso y jurisprudencia que explica porque es exigible el porcentaje del 70% de cumplimiento de la pena*”; de ahí que considere que la tutela deviene improcedente, máxime cuando “*dicha acción de amparo no está concebida para revivir términos, discutir nuevamente asuntos ya debatidos, como si fuera una tercera instancia o sustituir medios judiciales idóneos, porque el accionante no comparta los criterios consignados en tales proveídos*”.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer del presente asunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el canon 1º del Decreto 1983 de 2017), porque la protesta constitucional involucra a un cuerpo colegiado de distrito judicial.

En el caso *sub examine*, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué ha lesionado los derechos fundamentales al debido proceso, a

la libertad y al acceso a la administración de justicia de **HERNANDO RUBIO CRIOLLO**, en virtud a que, el 6 de agosto del año en curso, confirmó la decisión del Juez 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la capital del Departamento del Tolima de no avalar permiso administrativo de hasta 72 horas para que el mismo salga del establecimiento penitenciario en el que se encuentra, con fundamento en que para ese momento no había descontado el 70% de la pena que purga, conforme las previsiones del numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999.

De igual manera, establecer si esas vulneraciones también se dieron por el funcionario judicial singular en mención, al expedir el 14 de mayo pasado interlocutorio a través del cual le negó al citado condenado la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38-B del Código Penal, en razón a que uno de los delitos por los cuales está purgando pena (*Hurto calificado*) se encuentra enlistado en el inciso segundo del artículo 68-A como de aquellos excluidos de ese beneficio, así como que una de las sentencias se impuso por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley es superior a los 8 años de prisión.

El canon 86 de la Carta Política establece que cualquier residente en Colombia puede acudir a la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de*

cualquier autoridad pública”, encontrándose en esta categoría, sin duda alguna, los jueces de la República, por lo que si éstos, al expedir sus decisiones, atentan contra los principios fundamentales, el amparo constitucional es procedente, para la protección de los mismos.

Esta Sala de Decisión de Tutelas ha sostenido, de manera insistente, que la demanda de amparo tiene un carácter estrictamente subsidiario y, como tal, no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial (ver, entre otros pronunciamientos, CSJ STP19197-2017, CSJ STP265-2018 y CSJ STP14404-2018).

De igual forma, se ha reiterado que, excepcionalmente, esta herramienta puede ejercitarse para demandar la protección de derechos fundamentales que resultan vulnerados cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales las providencias son expedidas desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, al configurarse las llamadas *causales de procedibilidad*, anteriormente denominadas vías de hecho, unas de carácter general, que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otras de tipo específico, las que determinan su prosperidad.

A voces de la Sentencia CC T-038 de 2017, en la que se trajo a colación la sentencia CC C-590 de 2005, las causales de orden general son:

- (i) *que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes;*
- (ii) *que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, o sea, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable;*
- (iii) *que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración;*
- (iv) *cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna;*
- (v) *que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y*
- (vi) *que no se trate de sentencias de tutela.*

Ahora, en relación con los requisitos específicos, esto también dijo la misma Corporación en el fallo de tutela indicado:

Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia.

Defecto procedural absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Defecto fáctico: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

Error inducido: sucede cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

Decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones.

Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida.

Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política.

En el caso objeto de estudio verifica la Sala la concurrencia, en principio, de aquellos presupuestos de carácter general, por lo que la acción de tutela impetrada por **HERNANDO RUBIO CRIOLLO** resulta adecuada para controvertir la providencia emitida el 6 de agosto del año en curso, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Sin embargo, no se advierte la concurrencia de algún defecto específico que habilite el amparo anhelado¹ y, de paso, la intervención del juez constitucional, toda vez que de la lectura de la decisión dictada la por Sala demandada, la cual puso fin al debate, con facilidad se puede apreciar que el asunto fue resuelto de manera razonada, cuya argumentación comparte *in integrum* esta Sala, haciendo suyas aquellas consideraciones, así:

...se confirmará el auto recurrido, pues el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, modificado por el 29 de la Ley 504 de 1999, exige para la concesión del permiso administrativo de hasta 72 horas haberse descontado el 70% de la pena impuesta, en tratándose de condenas proferidas por la justicia especializada.

En efecto, aun cuando el recurrente afirma que esa disposición no se encuentra vigente, cabe precisar que a las normas contenidas en el Capítulo IV Transitorio de la Ley 504 de 1999 que regulan lo concerniente a la justicia especializada, se les confirió carácter indefinido mediante el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007, por lo que dicha normatividad tiene plena vigencia.

Así lo ha venido reiterando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando sobre el tema, ha sostenido:

“En esta oportunidad los despachos judiciales demandados negaron la petición del actor por considerar que no se verificaba el requisito objetivo, esto es, no haber cumplido el 70 por ciento de la pena impuesta.

Esa determinación no resulta desproporcionada ni arbitraria porque se ciñe a lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, con la modificación introducida por el 29 de la Ley 504 de 1999.

No obstante, el peticionario considera que la normativa de la Ley 504 de 1999 no puede ser aplicada porque perdió vigencia.

¹ Especialmente el defecto material o sustantivo, como en términos generales lo alega el demandante.

Al respecto se reiterará lo expuesto por esta misma Sala al resolver una situación similar:

“...inadvierte el actor que tal como con acierto lo hizo ver el Tribunal y la Sala de Casación Penal de esta Corporación lo definió en Sala de Decisión de Tutelas, el precepto en discusión conserva su vigencia como quiera que el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007 amplió con carácter indefinido las normas incluidas en el capítulo IV Transitorio de la Ley 600 de 2000, es decir, las que regulan la justicia penal especializada.

En ese orden, es claro, entonces, que para las autoridades judiciales accionadas se imponía la aplicación del numeral 5º del artículo 147 de la Ley 63 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 y la correspondiente verificación de los presupuestos normativos allí exigidos, ejercicio que en el caso concreto arrojó resultados desfavorables a las pretensiones del sentenciado e impidió la concesión del beneficio reclamado por cuanto se insiste, el demandante fue juzgado por la justicia especializada y no ha descontado el 70% de la pena impuesta”.

En este mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-387 de 2015 –esto es, cuando ya había entrado a regir la Ley 1709 de 2014-, dijo lo siguiente:

“... aunque existe controversia en torno a la vigencia de la norma demandada, se constató que la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias de tutela ha entendido que la modificación introducida al artículo 147 numeral 5º del Código Penitenciario en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 mantiene su vigencia, comoquiera que el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007 amplió con carácter indefinido las normas incluidas en el capítulo IV Transitorio de la Ley 600 de 2000, es decir, las que regulan la justicia penal especializada. En atención a esta interpretación, la norma demandada continúa produciendo efectos lo que, en principio, habilita este Tribunal para pronunciarse sobre su constitucionalidad.”

En esas condiciones, razón le asiste al a quo cuando le negó al condenado HERNANDO RUBIO CRIOLLO el permiso administrativo de hasta 72 horas, tras verificar, que no ha cumplido los 24 años, 17 días y 15 horas que corresponden al 70% de la pena acumulada de 34 años, 3 meses y 21 días de prisión impuesta entre otros, por el delito de secuestro extorsivo agravado, cuyo juzgamiento corresponde a la justicia especializada.

Por consiguiente, contrario a lo pregonado por **RUBIO CRIOLLO**, el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, mediante el cual se modificó el numeral 5º del canon 147 de la Ley 65 de 1993, tiene plena vigencia y, por lo mismo, debe ser aplicado en su caso particular, razón por la cual, para eventualmente hacerse acreedor al permiso administrativo de hasta 72 horas para salir del centro penitenciario en el que se encuentra purgando las penas acumuladas, debe cumplir con el descuento del 70% de la sanción finalmente determinada de 34 años, 3 meses y 21 días de prisión, mediante auto del 25 de enero de 2017, expedido por el Juzgado 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué.

Así las cosas, la providencia adoptada por el Tribunal, atacada a través de este medio constitucional, contiene motivos razonables, con base en una ponderación probatoria y jurídica, propia de la adecuada actividad judicial, como ya se dejó consignado, bajo el principio de la libre formación del convencimiento, por lo cual, la determinación censurada es inmutable por el sendero de este diligenciamiento.

Recuérdese que la aplicación sistemática de las disposiciones jurídicas y la interpretación ponderada de los falladores, al resolver un asunto dentro del ámbito de sus competencias, pertenece a su autonomía como administradores de justicia.

Los razonamientos de la mencionada Corporación no pueden controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando de manera alguna se perciben ilegítimos o caprichosos. Entendiendo, como se debe, que la misma no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento se convertiría prácticamente en una tercera instancia, no es adecuado plantear por esta senda la incursión en causales de procedibilidad, originadas en la supuesta arbitrariedad en la interpretación de las reglas aplicables al asunto, valoraciones probatorias o en el aislamiento a los lineamientos jurisprudenciales sobre el caso debatido.

Argumentos como los presentados por **HERNANDO RUBIO CRIOLLO**, son incompatibles con este mecanismo constitucional. Si se admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites por los presuntos desaciertos en la valoración probatoria o interpretación de las disposiciones jurídicas, así como el apartamiento de los precedentes judiciales, no sólo se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino, además, los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el precepto 29 Superior.

Por las razones expuestas, se negará el amparo invocado por el interesado, en relación con el punto

estudiado, máxime cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable, conforme a sus características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T-225-1993, reiterados en CC T SU-617-2013 y CC T-030-2015), que permita la intromisión del juez constitucional en este evento.

Ahora, en lo que atañe a la inconformidad del aquí demandante en relación con la negativa del Juez 6º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué de otorgarle la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, en virtud a la prohibición expresa consagrada en el inciso segundo del artículo 68-A del Código Penal (numeral 3º del proveído fechado 14 de mayo de 2020), debe decirse que no se cumple con uno de los presupuestos de carácter general para su procedencia, cual es el atinente a la subsidiariedad, ya que, aun cuando fueron interpuestos los recursos ordinarios, los mismos no se sustentaron en debida forma, lo que condujo a su no concesión, avalado ello por el superior jerárquico del juez, al resolver el recurso de queja presentado, lo que significa, *grosso modo*, que no se hizo uso de manera adecuada de los mecanismos legales previstos para controvertir tal determinación.

Así es, contra la negativa de prisión domiciliaria, el condenado interpuso los recursos de reposición y apelación, aduciendo, palabras más, palabras menos, que la prohibición contenida en el artículo 68-A del Estatuto

Sustantivo no le era aplicable, sino que, por el contrario, con fundamento en el principio de favorabilidad, debía acudirse al parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, modificadorio de aquel canon, y la Ley 1944 de 2018.

El funcionario judicial, el 2 de junio anterior, denegó dichos recursos en virtud a que **RUBIO CRIOLLO** no atacó los fundamentos de su decisión, pues únicamente adujo que en forma errónea se aplicó el artículo 68-A, consideración que, además de abstracta o imprecisa, no guarda relación con los fundamentos tenidos en cuenta para despachar desfavorablemente su solicitud.

Además, agregó que lo solicitado por el condenado y decidido por él fue la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38-B del Código Penal, cuyo numeral 2º remite al canon 68-A, razón por la cual el sentenciado confunde la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38-G del Código Sustantivo con la consagrada en el 38-B *ibidem*, cuya procedencia exige la constatación de diferentes requisitos.

Ante aquella negativa, HERNANDO RUBIO CRIOLLO interpuso el recurso de queja, el que fue igualmente negado por el Tribunal, mediante auto del 4 de septiembre último, con los siguientes argumentos, los que comparte esta Sala de Tutelas en su integridad:

El recurso de apelación impone al recurrente, la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión que reprocha, lo que implica exponer los argumentos de hecho y de derecho por los cuales considera que la decisión del fallador es errada.

En este sentido, “no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas.”

Conforme a lo anterior, acertó el juez de primera instancia al dar por indebidamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por HERNANDO RUBIO CRIOLLO, pues es evidente que la genérica argumentación ofrecida no ataca la providencia censurada.

En efecto, al sustentar la apelación RUBIO CRIOLLO argumenta, que la prohibición consagrada en el artículo 68A del Código Penal no resulta aplicable a la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38G ibidem; pasa sin embargo por alto que lo solicitado por él lo fue la prisión domiciliaria conforme al artículo 38B del C.P., que no la consagrada en el artículo 38G ibidem.

Como bien lo manifestó el a quo, se trata de dos figuras penales para cuya procedencia el legislador consagra requisitos distintos, de manera que al resolver la solicitud de RUBIO CRIOLLO el juez de penas centró el estudio y decisión en los requisitos del artículo 38B, por la sencilla razón, itera la Sala, de corresponder a la figura jurídica cuya aplicación se le solicitó por el procesado.

En ese orden, para entender debidamente sustentados los recursos de reposición y apelación, correspondía al sentenciado argumentar, que contrario a lo que se consideró en el auto

recurrido, sí cumplía o cumple con los requisitos establecidos por el legislador para la prisión domiciliaria del artículo 38B o de la norma que a su juicio le resultara favorable frente a este instituto por razón de la fecha de comisión de las conductas punibles, lo que sabemos, no hizo.

Olvidó también el apelante, que el a quo además motivó la negativa a otorgar la prisión domiciliaria, por el incumplimiento del requisito objetivo del quantum de la pena mínima señalada por el legislador para el respectivo delito. Así, era obligación del apelante señalar las razones por las que considera erró también el juez al considerar que en su caso no cumplía con ese requisito, lo que se advierte tampoco hizo.

En conclusión, aunque le asiste razón al condenado cuando advierte que el artículo 68A del Código Penal no resulta aplicable a la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38G ibidem, con tal argumentación no ataca debidamente la providencia que niega la prisión domiciliaria del artículo 38B, que no la del 38G, lo que de paso exonera al juez de primera instancia y ahora a la Sala de pronunciarse sobre los argumentos que ahora ofrece, que parecen encaminarse a que se estudie su solicitud de prisión domiciliaria a la luz del artículo 38G, para cuya procedencia, como ya advertimos, no son coincidentes los requisitos de ley.

Basta lo anterior para que se niegue el recurso de queja instaurado por HERNANDO RUBIO CRIOLLO.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que no sustentar en debida forma los recursos ordinarios previstos en la normatividad, a efectos de atacar las decisiones judiciales, equivale a no haber hecho uso de los mismos, lo que conlleva a pregonar el que no se haya “agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada”, ya que “la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer

los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados pero en forma indebida” (negrillas no originales), como en su momento fue determinado por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-489 de 2006, reiterada en el fallo T-195 de 2019.

Es que, la línea jurisprudencial de esta Sala de Decisión de Tutela ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del requisito de la **residualidad** de la demanda de amparo, los conflictos jurídicos relacionados con las garantías fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias (administrativas o jurisdiccionales), y sólo ante la ausencia de dichos senderos o cuando los mismos no son idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de tutela (STP6150-2018, 10 may. 2018, Radicación n° 98097, reiterado en STP7186-2018, 31 may. 2018, Radicación n° 98465).

En efecto, el carácter subsidiario de este diligenciamiento impone al interesado desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías fundamentales (CC T-480-2011).

Tal imperativo pone de relieve que, para acudir a esta institución, el actor debe haber obrado con presteza en los referidos procedimientos y procesos, pero también que la

falta injustificada de agotamiento de los litigios legales deviene en la improcedencia del instrumento establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el actor deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste fenezca, no podrá posteriormente emplear la acción de tutela en procura de lograr la guarda de un derecho elemental (CC T-480-2011).

En estas circunstancias, el reclamo constitucional no puede hacerse valer, ni siquiera como mecanismo transitorio de salvaguarda, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de herramientas administrativas o judiciales, en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración *iusfundamental* y a la diligencia del memorialista para hacer uso oportuno de los mismos.

Así las cosas, resulta imposible conceder el amparo solicitado por **HERNANDO RUBIO CRIOLLO**, porque incumplió la condición de procedibilidad de la demanda de tutela, atinente a emplear el mecanismo de la apelación contra la decisión ahora cuestionada a través de este medio constitucional, con el objeto de proteger sus intereses, pues, ha de iterarse, aun cuando interpuso el mismo, lo fue de manera indebida, lo que condujo a su rechazo.

Entonces, por intermedio de dicho instrumento, que se ofrecía adecuado, pudo el libelista propiciar un pronunciamiento al interior del cauce natural del diligenciamiento, sin que sea procedente que se proponga por este sendero, para lograr lo pretendido (CC T-480-2011).

Acreditada, entonces, la posibilidad que tuvo el ahora demandante para poner de presente sus desavenencias, a través del referido recurso, resulta contrario a la naturaleza residual de este accionamiento conceder la protección deprecada en el libelo introductorio, habida cuenta que ahora no puede valerse de su conducta procesal para acudir de manera directa a esta herramienta, desconociendo las vías legales idóneas para ello.

Por ende, se declarará improcedente el amparo invocado, más aún cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable, conforme a sus características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T-225-1993, reiterados en CC T SU-617-2013 y CC T-030-2015), que permita la intromisión del juez constitucional en este evento.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte**

Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: NEGAR el amparo deprecado por HERNANDO RUBIO CRIOLLO, en relación con la providencia emitida el 6 de agosto del año en curso, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual confirmó la decisión del Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la capital del Departamento del Tolima de no avalar permiso administrativo de hasta 72 horas para que el mismo salga del establecimiento penitenciario en el que se encuentra

Segundo: DECLARAR IMPROCEDENTE, por las razones consignada en el cuerpo de esta sentencia, la tutela invocada por el mencionado accionante, frente al interlocutorio del 14 de mayo pasado, emitido por el juez singular citado en el numeral anterior, a través del cual, en el numeral tercero, le negó a RUBIO CRIOLLO la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38-B del Código Penal.

Tercero: **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada esta sentencia.

Notifíquese y cúmplase.



JAIIME HUMBERTO MORENO ACERO



GERSON CHAVERRA CASTRO



EYDER PATIÑO CABRERA