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 – 25 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Niega por improcedencia

Radicación Nro. : 66001 22 04 000 2017 00214 00

Accionante: LUIS FERNANDO BALLESTEROS RAMÍREZ

Accionado: JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [E]sta Corporación debe decir que no procederá a realizar un estudio más profundo del presente asunto, toda vez que como viene de decirse, a todas luces es indudable que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela, pues se evidencia que el accionante pretende usar la acción de amparo constitucional como mecanismo para decidir u otorgar la sustitución de la ejecución de la pena de intramural por prisión domiciliaria, cuando aún tiene a su alcance un mecanismo judicial del cual no ha hecho uso, cual es instaurar su solicitud ante el juez que vigila su pena, con el cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para ello, pues no puede esta Corporación usurpar las funciones que le fueron delegadas al Juez de Ejecución de Penas para analizar los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión de dicho beneficio y entrar a tomar las decisiones del caso. De igual forma, observa la colegiatura que el amparo constitucional está siendo invocado como una especie de alzada tardía, debido a que el libelista no interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia en la cual, además de decidirse su responsabilidad criminal, se negó la concesión de la pena sustitutiva cuyo reconocimiento ahora pretende por vía de tutela.

**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**

Pereira, veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 3:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 1002

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 660012204000 2017 00214 00 |
| **Accionante:**  | Luis Fernando ballesteros Ramírez |
| **Accionado:**  | Juzgado primero penal del circuito especializado |
| **Decisión:**  | Niega por improcedente |

 **ASUNTO:**

Procede esta Sala a resolver lo que en derecho corresponda, con ocasión a la acción de tutela instaurada por el señor **LUIS FERNANDO BALLESTEROS RAMÍREZ**, en contra del **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE PEREIRA**.

**ANTECEDENTES:**

Narra el accionante que fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira a una pena principal de 70 meses, por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Tráfico Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Además, declara ser padre de 3 menores de edad y haber convivido con una joven de 18 años, quien debido a su situación de detención, en este momento ha tenido que asumir la obligación de sostener su hogar, de igual forma manifiesta que dos de sus hijos se encuentran en hogares de paso, pues no cuentan con familia extensa que pueda hacerse cargo de los menores mientras él cumple su condena, lo cual hace imperativa su presencia en el hogar.

**PRETENSIONES**:

Teniendo en cuenta lo anterior, el libelista solicita la sustitución de la ejecución de la pena por la prisión domiciliaria establecida en el artículo 461 de la ley 906 de 2004, invocando los derechos fundamentales de los niños y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la convención sobre derechos del niño entre otros fundamentos constitucionales.

**TRÁMITE PROCESAL:**

La presente acción constitucional fue avocada por este Despacho mediante auto del 14 de septiembre del presente año, en la cual se ordenó correr traslado al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira y de manera oficiosa se vinculó al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad también de esta ciudad, al establecerse que actualmente dicho Despacho vigila la pena del señor LUIS FERNANDO BALLESTEROS RAMÍREZ, ello con el fin de solicitarle que certificara si el accionante ha elevado alguna solicitud de prisión domiciliaria que se haya resuelto o estuviera pendiente por adoptar decisión, otorgándosele a los Juzgados en mención el termino de 1 día para ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

**RESPUESTA DE LOS DESPACHOS ACCIONADOS:**

Una vez surtida la notificación, el **Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad** de esta ciudad, expresó que el 01 de septiembre del año avante, le correspondió por reparto vigilar la pena impuesta al accionante, y desde esa calenda hasta la fecha no obra ninguna solicitud pendiente por resolver.

Lo anterior indica que el señor BALLESTEROS RAMÍREZ no ha presentado ninguna solicitud tendiente a la concesión de prisión domiciliara como padre cabeza de familia ante ese Juzgado, por ende considera el Juez que esa situación, por sí sola, es suficiente para que se declare la improcedencia de la acción constitucional, toda vez que el mecanismo que debe utilizar el accionante es efectuar la petición ante el juzgado que vigila la pena, quien imprimirá el trámite legal correspondiente.

Por otro lado, el **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado** de esta ciudad, expuso que en el fallo por medio del cual se condenó al señor Ballesteros Ramírez, le fue negada la prisión domiciliaria reglada en el artículo 38b del Código Penal, pues a pesar de cumplir con la condición objetiva indicada en el numeral segundo de dicha norma, la conducta por la que fue condenado se encuentra incluida dentro del listado oficial del artículo 68A ibídem que se refiere a la existencia de una prohibición para otorgar tal beneficio en ese tipo de delitos; ahora bien, en lo referente a sus hijos, precisa que no se demostró en ningún momento que los menores se encontraran desprotegidos.

Por lo anterior, señaló que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que la decisión de negarle el subrogado de la prisión domiciliaria se tomó al encontrar que las pruebas allegadas al proceso no alcanzaron la entidad suficiente para predicar la especialísima condición de padre cabeza de familia.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**1. 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.

**2. Problema Jurídico:**

Le corresponde a esta Corporación establecer si por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira se han vulnerado las prerrogativas constitucionales del señor LUIS FERNANDO BALLESTEROS RAMÍREZ, al no concederle la sustitución de la ejecución de la pena por la prisión domiciliaria.

**3. Solución:**

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, 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[[1]](#footnote-1); 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.

Para efectos de dar solución al problema jurídico planteado por el accionante en su libelo petitorio, se deberá establecer en primer lugar si en este asunto de cumplen las condiciones de procedencia de la acción de tutela.

Al respecto, debe decirse que el artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela sólo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”;* en consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 señala que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*

***1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*** *La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Adicional a lo anterior, se logra evidenciar que el accionante pretende atacar una providencia judicial, esto es el fallo por medio del cual se determinó su responsabilidad penal, en lo concerniente a la negativa de concederle el beneficio de la prisión domiciliaria, en ese sentido, es necesario indicar que la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos generales y otros específicos de las acciones de tutela en contra de laudos judiciales, sin los cuales la misma deviene en improcedencia:

**Requisitos generales para la procedencia de las acciones de tutela en contra de providencias judiciales[[2]](#footnote-2):**

*“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (…)*

*b.* ***Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada****, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.****De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. (…)***

*c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.  (…)*

*d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.  (…)*

*e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados* ***y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial****siempre que esto hubiere sido posible.  (…)*

*f. Que no se trate de sentencias de tutela.  (…)”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable. Además, debe establecerse, en aquellos eventos en que se ataca una providencia judicial en sede constitucional, quien la invoca haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, y además las actuaciones que a través de la solicitud de amparo reclama, hayan sido expuestas al interior del proceso judicial infructuosamente. Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“… Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:****(i)****los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;****(ii)****se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,****(iii)****el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que* ***el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable****, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[3]](#footnote-3) (Negrillas por fuera del texto original)*

Todo lo anterior, encuentra su justificación en la necesidad de respetar la autonomía judicial y la cosa juzgada, pues no establecer límites al ejercicio de la tutela contra decisiones judiciales generaría desconfianza por parte de la ciudadanía hacia la administración de justicia, lo que atentaría de manera directa contra la seguridad jurídica.

*“Como tercera razón, la acción de tutela instaurada contra providencias judiciales, cuando no se han agotado los mecanismos ordinarios de protección, atenta contra la seguridad jurídica del ordenamiento. No hace parte de los fines naturales de la acción de tutela el causar incertidumbre jurídica entre los asociados.* ***Por esto,  la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos, o están pendientes de definir. Sin embargo, cuando se desconoce el principio de subsidiariedad, y se intenta usar la acción de tutela como otra instancia u otro recurso de litigio, sin que existan razones evidentes para advertir violaciones a derechos fundamentales, se atenta contra la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica.****”[[4]](#footnote-4)*

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento, esta Corporación debe decir que no procederá a realizar un estudio más profundo del presente asunto, toda vez que como viene de decirse, a todas luces es indudable que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela, pues se evidencia que el accionante pretende usar la acción de amparo constitucional como mecanismo para decidir u otorgar la sustitución de la ejecución de la pena de intramural por prisión domiciliaria, cuando aún tiene a su alcance un mecanismo judicial del cual no ha hecho uso, cual es instaurar su solicitud ante el juez que vigila su pena, con el cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para ello, pues no puede esta Corporación usurpar las funciones que le fueron delegadas al Juez de Ejecución de Penas para analizar los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión de dicho beneficio y entrar a tomar las decisiones del caso.

De igual forma, observa la colegiatura que el amparo constitucional está siendo invocado como una especie de alzada tardía, debido a que el libelista no interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia en la cual, además de decidirse su responsabilidad criminal, se negó la concesión de la pena sustitutiva cuyo reconocimiento ahora pretende por vía de tutela.

En ese orden de ideas, no le es dable al Juez de tutela conceder de manera alternativa a las vías judiciales ordinarias, beneficios que no son de su competencia, especialmente en el presente caso, donde se advierte que el accionante no presentó ni ha presentado solicitud alguna de sustitución de la ejecución de la pena, por prisión domiciliaria ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, y además, no se evidencia que se hayan reunido los requisitos para estudiar por medio de esta acción expedita asuntos que se debatieron al interior de un proceso penal frente al cual no se interpuso ningún tipo de recurso, permitiéndole aquella decisión cobrar firmeza en ese escenario judicial.

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: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la tutela invocada por el señor **LUIS FERNANDO BALLESTEROS RAMÍREZ**; conforme lo manifestado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** 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.Encaso 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. Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-060 de 2016 (reiteración jurisprudencial” [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009, M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-4)