



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

ACCIÓN DE TUTELA

Pamplona, 22 de enero de 2021

Magistrado Ponente: **DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

Aprobado mediante Acta No. 03

Radicado:	54-518-22-08-000-2020-00039-00
Accionante:	ARISTIDES ZABALA PINEDA
Accionado:	JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA y otros

ASUNTO

Resuelve la Sala la Acción de Tutela promovida por ARÍSTIDES ZABALA PINEDA contra el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA, INPEC PAMPLONA y MEDICINA LEGAL PAMPLONA, por la presunta vulneración de sus derechos a la salud, vida en condiciones dignas y dignidad humana en concordancia con el principio de favorabilidad.

ANTECEDENTES

HECHOS.-¹

Señala ARÍSTIDES ZABALA PINEDA que se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pamplona desde el 18 de enero de 2018,

¹ Folio 2 a 4 cuaderno principal.

condenado a la pena principal de 72 meses de prisión por el punible de *“concierto para delinquir con fines de favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados en concurso heterogéneo con cohecho por dar u ofrecer”*

Refiere que se ha limitado su libertad desde el 18 de enero de 2018, estando en detención física por 31 meses, habiendo descontado 6 meses y 20 días por redención, para un acumulado de redención de pena y detención física de 37 meses para solicitar la prisión domiciliaria por el factor objetivo del artículo 38G del Código Penal, esto es, por llevar más del 50% de la condena. Asimismo, reliva que el delito por el cual está condenado *“no está dentro de las prohibiciones del artículo 38G, dado que es solo CONCIERTO, no se cita que sea agravado, de igual manera el COHECHO POR DAR U OFRECER tampoco está dentro de las prohibiciones”*.

Indica que el sustituto de prisión domiciliaria le fue negado por el JEPMS de Pamplona al considerar que no cumple con unos de los requisitos del artículo 38G, por cuanto uno de los delitos por los que fue condenado, concierto para delinquir, se encuentra excluido.

Advierte que padece de HIPERTENSIÓN ARTERIAL y DIABETES MELLITUS TIPO II INSULINOREQUIRENTE, por lo que es un paciente de alto riesgo cardiovascular y de sufrir complicaciones en caso de infección por COVID-19, según su historia clínica.

Refiere que mediante auto interlocutorio No. 345 del 22 de abril de 2020, el JEPMS de Pamplona decidió requerir al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE PAMPLONA para realizar valoración médica de su estado de salud, decisión que le fue comunicada el 27 de abril de 2020 y por la que fue trasladado el mismo día en horas de la tarde a tal entidad, lugar en el que no fue atendido según manifestación verbal del *“Cabo Mendoza”*, porque el documento emitido por el JEPMS de Pamplona no había dado tal orden.

Ante la anterior situación y preocupado por su estado de salud, el 14 de julio de 2020 elevó petición formal a la directora del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PAMPLONA para que le concediera entrevista personal para solucionar su situación y que le conceda prisión domiciliaria.

PETICIONES².-

Solicita se le tutelen sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, igualdad y dignidad humana en concordancia con el principio de favorabilidad a persona de especial protección.

En consecuencia, pide que se ordene al CENTRO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PAMPLONA facilitar el desplazamiento al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE PAMPLONA para la valoración médica ordenada a este último, realizar y efectuar el dictamen correspondiente y enviarlo al JEPMS de Pamplona y a él mismo.

Adicionalmente solicita se ordene al INPEC PAMPLONA, su traslado al lugar de residencia por su estado de salud, el cual se encuentra en peligro de contagio por el Covid -19.

Los hechos y pretensiones fueron ratificadas por el accionante², en virtud del requerimiento dispuesto en auto de fecha 18 de enero de 2021³, actualizando a la fecha “*acumulado en redención de pena y detención física de **CUARENTA Y CINCO MESES 45 meses y 20 DIAS***”.

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS. -

Vida en condiciones dignas, salud, igualdad y dignidad humana.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 2 de septiembre de 2020 se admitió la acción de amparo por reunir los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el efecto, y se ordenó vincular al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO y AL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE PAMPLONA, como también a la seccional de esta entidad en la ciudad de Cúcuta⁴.

² Folio 592 y ss

³ Folio 585

⁴ Folios 28 y 29.

El 14 de septiembre de 2020 esta Corporación resolvió la acción, negando el amparo deprecado, al evidenciar que el Accionante no hizo uso de los recursos ordinarios para controvertir la decisión que no le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria, además de no encontrar perjuicio irremediable en la actuación.

El 29 de octubre de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decretó la nulidad de lo actuado por esta Corporación, dejando con plena validez las pruebas practicadas, para que se vinculase a la PREVISORA S.A, al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017 y a la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC)⁵, lo que se hizo a través de auto de 12 de enero de 2021⁶.

El 12 de enero de 2021, se admitió nuevamente la acción de amparo instaurada contra el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA, el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO de la misma ciudad y la Seccional Pamplona del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL. Además, se vinculó al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES SECCIONAL CÚCUTA, FIDUPREVISORA S.A., CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017 y LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC) y se dispuso la notificación, corriendo traslado del escrito tutelar junto con sus anexos, concediendo el término de (2) días para pronunciarse sobre los hechos que la originaron⁷.

El 15 de enero de 2021 se vinculó además a la Entidad Prestadora de Salud MEDIMÁS EPS S.A.S.⁸, y el 18 del mismo mes y año se requirió a ARÍSTIDES ZABALA PINEDA, para que si lo estimaba pertinente, se pronunciara sobre el contenido la acción de tutela.

RESPUESTA DE ACCIONADAS Y VINCULADAS

Consortio Fondo de Atención en Salud PPL. -⁹

El CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, integrado por las Sociedades FIDUPREVISORA S.A. y FIDUAGRARIA S.A., alegó la falta de legitimación

⁵ Folio 10 y ss, cuaderno Corte Suprema de Justicia.

⁶ Folio 333.

⁷ Folios 333 y 334

⁸ Folio 581 y 582.

⁹ Folio 354 y ss

en la causa por pasiva, dado que *“su finalidad es la celebración de contratos derivados y pagos necesarios para la prestación de los servicios en todas sus fases a cargo del INPEC en los términos de la Ley 1709 de 2004 y las normas que enmarcan el modelo de atención en salud para la población privada de la libertad, y en concordancia con lo dispuesto por el contrato de fiducia mercantil No. 145 de 2019” y “Por Ley los servicios médicos-asistenciales están reservados a **LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD, LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO y demás entidades que conforman LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993.”*

Respecto de la acción de tutela, considera improcedente la solicitud de prisión domiciliaria por no encontrarse solicitud de amparo de ningún derecho fundamental presuntamente vulnerado por las accionadas, además no se evidencia un perjuicio irremediable. No obstante, refiere que el competente para atender el subrogado de prisión domiciliaria es el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Solicita la desvinculación del trámite constitucional por no ser los llamados a garantizar lo que pretende el accionante, por no tener capacidad jurídica para ello.

Agregó que a pesar de que el Accionante no está solicitando ninguna atención médica, se verificó que se encuentra afiliado a la entidad MEDIMAS EPS S.A.S. bajo el régimen contributivo desde el 01/12/2015, por lo que no se encuentra incluido en la base censal, y el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 no es el competente para la prestación del servicio de salud.

Respecto a la valoración por el Instituto de MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, señaló que el CONSORCIO no tiene relación contractual con el INSTITUTO y tampoco es una autoridad competente para ordenar la práctica de los procedimientos médicos legales solicitados por el accionante ni tampoco es el encargado de realizar los traslados para dichas valoraciones medico legales.

Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pamplona (EPMSC de Pamplona)¹⁰.-

La Directora del EPMSC de Pamplona señaló que ARÍSTIDES ZABALA PINEDA se encuentra privado de su libertad en ese establecimiento penitenciario, que fue trasladado a la Unidad Básica de MEDICINA LEGAL para llevar a cabo la valoración ordenada por el JEPMS de Pamplona el 28 de abril de 2020 a las 09:15 horas y que *“Al ingresar para anunciar la llegada con el señor interno, la secretaria del Instituto, le informa al señor Inspector MENDOZA CORREDOR FREDDY que no existe agendada una cita y que por el estado de emergencia sanitaria debido a la pandemia de Covid 19, no se puede atender a la PPL, como también manifiesta que en esa sede no se realizan dictámenes de estado de salud”*.

Resaltó que en dicho Establecimiento Penitenciario no se presenta hacinamiento porque el Penal tiene capacidad para 280 internos y en la actualidad hay 272 personas privadas de la libertad. Respecto a las medidas de bioseguridad, señaló que a los internos se les proporciona dispensador con gel antibacterial y jabón antibacterial y el patio está dotado de lavamanos y lavaderos para contribuir con el autocuidado y aseo personal de cada interno. Informó además que en dicho establecimiento penitenciario se encuentra un caso positivo asintomático de COVID 19, el cual se encuentra en aislamiento en el patio No. 1 y el accionante ARÍSTIDES ZABALA PINEDA se encuentra en el patio No. 2.

Finalmente, manifestó que la Dirección del EPMSC-PAMPLONA no tiene competencia para ordenar el traslado al lugar de residencia y arraigo del interno y que es el JEPMS de Pamplona quien vigila el cumplimiento de la pena privativa de la libertad y concede la libertad y demás beneficios.

Anexa a su respuesta copia de la anotación en el folio 582 de la minuta del Comando de Guardia, copia de los folios 112 y 113 de la minuta del libro de celdas del patio No. 02 y copia de control de suministro de jabón y gel antibacterial.

¹⁰ Folios 485 y ss

Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona (JEPMS de Pamplona)¹¹.-

La titular del despacho manifestó que ARÍSTIDES ZABALA PINEDA fue sentenciado por el Juzgado Penal del Circuito de Pamplona el 14 de septiembre de 2018 a la pena de 72 meses de prisión por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO DE HIDROCARBUROS O SUS DERIVADOS EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON COHECHO POR DAR U OFRECER, y que dicho despacho avocó el conocimiento de la ejecución de la pena el 23 de octubre de 2018.

Agregó que mediante auto No. 625 del 18 de agosto de 2020 resolvió no conceder el sustituto previsto en el artículo 38G del C.P. a ARÍSTIDES ZABALA *“en atención a que la conducta de CONCIERTO PARA DELINQUIR por la cual se emitió la sentencia en contra del citado, hace relación a CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO previsto en el artículo 340, conducta excluida por el Legislador para acceder al beneficio pretendido, conforme se establece en la normatividad aplicable para el caso”*, decisión que notificada el 19 de agosto de 2020 al condenado, y que fue objeto del recurso de apelación, el que no se sustentó, y por tanto se declaró desierto mediante auto No. 681.

Frente a la manifestación de que el delito por el que fue condenado el Accionante se encuentra excluido al no citarse que sea agravado, argumenta que se pretende desconocer la sentencia en la que se impone la pena por el delito previsto en el artículo 340 del C.P, modificado por la ley 733 de 2002, artículo 8, modificado por la Ley 1121 de 2006, artículo 19, inciso 4, circunstancia que determina la condición de agravado.

Anotó que atendiendo la solicitud del interno de fecha el 17 de abril de 2020 respecto de su condición de salud, con auto No. 345 del 22 de abril de 2020, se remitió al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL a fin de establecer *“si el mismo se encontraba en estado grave por enfermedad y por consiguiente realizar su estudio a la luz de lo previsto en el artículo 461 Numeral 4º”*, informe que no fue allegado por tal Entidad, por lo que se le requirió mediante oficio No. 125, contestando que la solicitud la recibieron el 30 de abril de 2020, sin que se hiciera presente el sentenciado para valoración. Atendiendo lo anterior, requirió al INPEC para que informara las razones por las cuales no ha habido cumplimiento al oficio No. 0847 del 27 de abril de 2020

¹¹ Folio 511 y ss

y disponga el traslado inmediato del sentenciado para verificar la valoración ordenada. Finalmente, la valoración se realizó el 7 de septiembre de 2020 en el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES UNIDAD BÁSICA PAMPLONA.

Manifestó que mediante auto No. 689 del 9 de septiembre de 2020 el cual anexa, se negó a ARÍSTIDES ZABALA PINEDA el sustituto de prisión domiciliaria por la causal prevista en el artículo 314, numeral 4 de la Ley 906 de 2004. Decisión que ejecutoriada, no fue objeto de ningún recurso.

Considera que en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales demandados por el accionante al estar las decisiones adoptadas sujetas a los parámetros legales y constitucionales, y considera improcedente la acción de tutela por cuanto no reemplaza los medios ordinarios.

Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC)¹²

Frente a la concesión del sustituto de pena intramural, luego de anotar las normas que regulan la materia, señaló que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad son los encargados del manejo de la vigilancia de la ejecución de la sentencia y competentes para conceder la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria.

Luego de analizar el Decreto 546 de 2020, anotó que no se asignó competencia a la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS respecto de dirimir el sustituto de prisión domiciliaria, pues dicha función recae directamente en los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Frente a la competencia para prestar servicios de salud a las personas privadas de la libertad, señaló que de acuerdo al contrato de fiducia mercantil No. 145 de 2019, es el consorcio FONDO NACIONAL DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 el encargado de contratar la prestación integral y oportuna de los servicios de salud con instituciones prestadoras del servicio de salud de las personas privadas de la libertad (PPL).

Finalmente solicita sea desvinculada la USPEC del trámite tutelar y decretar la falta de legitimación en la causa por pasiva, por no haber vulnerado los derechos

¹² Folio 526 y ss.

fundamentales del Accionante y estar cumpliendo las obligaciones emanadas de su Decreto de creación y de la Ley.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. -¹³

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica se opone a las pretensiones por considerar que no se vulneran los derechos fundamentales del Accionante.

Como consideraciones de su defensa, anota que para el 27 de abril de 2020 no había llegado al Instituto requerimiento de valoración de estado de salud por parte del JEPMS de Pamplona, que el 7 de septiembre de 2020 se realizó la valoración al señor ARÍSTIDES ZABALA PINEDA y emitió el Dictamen Médico Forense de estado de Salud No. UBPMPL – DSNTSANT – 00245 – 2020, el cual se aporta como prueba y manifiesta haber remitido al JEPMS de Pamplona. Señala que a la fecha no ha recibido nuevo requerimiento de valoración médico legal al accionante.

MEDIMÁS EPS.-¹⁴

Fuera del término concedido para dar respuesta a la acción constitucional, la apoderada judicial de MEDIMÁS señaló que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad, en razón a que no es la llamada a responder por las pretensiones del Accionante, toda vez que no ha violado sus derechos fundamentales, por lo que solicita su desvinculación.

Accionante. -¹⁵

Dado que se anuló la decisión inicialmente emitida, se requirió al accionante ARISTIDES ZABALA PINEDA para que si era su deseo efectuara pronunciamiento sobre la acción, lo cual hizo reiterando los argumentos y las peticiones inicialmente formuladas.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido en el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del

¹³ Folio 544 y ss.

¹⁴ Folio 604 y ss

¹⁵ Folio 592 y ss.

Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

PROBLEMAS JURÍDICOS. –

Corresponde a la Sala determinar si el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA (JEPMS de Pamplona), vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana del accionante con la decisión de negarle el sustituto de la prisión domiciliaria dentro del proceso penal adelantado en su contra por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO DE HIDROCARBUROS O SUS DERIVADOS, EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON COHECHO POR DAR U OFRECER, y adicionalmente, establecer si ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la práctica del dictamen médico legal solicitado por el JEPMS de Pamplona.

Previo a abordar el anterior planteamiento se revisará si la acción de tutela presentada por ARÍSTIDES ZABALA PINEDA, cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, y si ello es así, se procederá a analizar de fondo el asunto.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. -

Con el fin de proteger los contenidos constitucionales de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica y naturaleza subsidiaria que caracteriza la acción de tutela, el ordenamiento jurídico habilita el uso de la acción de amparo contra providencias judiciales en un escenario **excepcional**, ya que, en esencia, descarta su carácter de fallo de instancia¹⁶, canalizándolo hacia un control de errores o excesos constitucionalmente inadmisibles. En ese orden, la tarea del juez constitucional no es examinar la correlación legal del binomio pretensión-decisión, analizando la atendibilidad particular de lo deprecado, sino, en otro contexto, verificar que la decisión judicial no se haya desbordado hacía escenarios contrarios a la Constitución.

¹⁶ El Juez de tutela, a pretexto de examinar si existió vulneración de un determinado derecho fundamental, [no puede revisar] nuevamente la decisión de los jueces ordinarios que conocieron del trámite y los recursos, como si esta acción hubiere sido concedida como un medio de impugnación -paralelo- que se pueda adicionar a las actuaciones adelantadas, ... por regla general no es posible auscultar, ora para restarles vigencia, ora para otorgárselas, dado que dicha labor le corresponde, per se, es al juez natural, es decir al juez del proceso. De allí que toda consideración en torno a esa tarea escapa al examen del Juez del amparo, quien en la esfera que ocupa la atención de la Sala, tiene una competencia limitada y también residual. Tanto, que en concepto configuración de una de las apellidadas vías de hecho, es de suyo restricto a la vez que excepcional, como reiteradamente lo ha puesto de presente la jurisprudencia patria» (CSJ STC, 14 may. 2003, rad. 00113-01, reiterada en STC16240-2015, STC16948-2015, STC014-2017 y STC1227-2017, 3 feb. rad. 02126-01).

En el aspecto procedimental, la decantada y reiterada jurisprudencia constitucional ha acrisolado los siguientes **requisitos generales** de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales¹⁷, (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) 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; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, la misma debe tener un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna; (v) 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-; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela de constitucionalidad de la Corte Constitucional ni de decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

1.- Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional:

El asunto que se debate involucra la posible vulneración de los derechos fundamentales de ARÍSTIDES ZABALA PINEDA, a la vida, salud y dignidad humana, los que considera desconocidos por la decisión adoptada por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA de negarle el sustituto de la prisión domiciliaria. Adicionalmente, reclama por la falta de realización del examen médico legal por el Instituto NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Por la materia reclamada, se encuentra satisfecho el requisito.

2.- 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, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado.

Frente a este requisito, necesario para la procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha señalado que:

Es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T 016 de 2019

camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios. Es incorrecto pensar que la acción de tutela puede asumirse como un medio de defensa judicial paralelo al sistema de jurisdicciones y competencias ordinarias y especiales.¹⁸

Se expresó por el actor que *“el 18 de agosto de 2020, recibí del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Pamplona, comunicado de decisión a resolver petición de PRISIÓN DOMICILIARIA” (...)* Por último, el despacho en el RESUELVE: numeral segundo decide **NO CONCEDER** el sustituto de la prisión domiciliaria; dejando de lado mi precario estado de salud, como lo evidencia mi historia clínica¹⁹.

Providencia que fue proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona, según se desprende de copia anexa²⁰, y notificada al condenado el 19 del mismo mes y año y al defensor el mismo 18 de agosto²¹, decisión frente a la que el condenado en el acto de su notificación escribió *“Apeló”* (sic.), como se evidencia a folio 244 del expediente digital, recurso procedente según lo dispuesto en el artículo 478 del Código de Procedimiento Penal²².

No obstante haberse manifestado la voluntad de apelar, dicho recurso no fue sustentado por el Actor, según se indicó en la providencia de fecha 4 de septiembre de 2020 proferida por el JEPMS de Pamplona, en la que se resolvió *“DECLARAR DESIERTO, el recurso de apelación, presentado por el interno ARÍSTIDES ZABALA PINEDA cedula 1.752.7485 (sic), en contra de la providencia interlocutoria 525 del 18 de agosto de 2020, por medio de la cual se le NEGÓ al interno ARÍSTIDES ZABALA PINEDA cedula 1.752.7485 (sic), PRISION DOMICILIARIA de que trata el articulo 38G del Código Penal*²³.

Se tiene entonces que en el presente caso, aun existiendo los recursos ordinarios idóneos, adecuados y expeditos para controvertir la decisión de no conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, se dejaron de emplear, no siendo la acción de tutela el medio para subsanar tal omisión, además que no se alegó ni se avizora un perjuicio

¹⁸ T-086 de 2007.

¹⁹ Folio 4.

¹⁴ Folios 18 y ss, reiterado a folio 239 y ss.

¹⁵ Folio 244.

¹⁶ *“Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia”.*

²⁰ Folios 18 y ss, reiterado a folio 239 y ss.

²¹ Folio 244. Pruebas que tienen validez según lo dispuesto por la CSJ Artículo primero, decisión de fecha 29 de octubre de 2020, por medio de la cual se decretó la nulidad de la sentencia proferida por la Corporación el 14 de septiembre de 2020.

²² *Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia”.*

²³ Folio 246.

irremediable, por lo que la acción de tutela se torna improcedente, atendiendo lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política, que indica que la tutela:

(...) Solo 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.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 *«Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política»*, señaló que la acción de tutela no procederá:

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.

En esa medida, la pretensión del Accionante de *“ordenar al INPEC PAMPLONA, para que sea trasladado a mi lugar de residencia y arraigo”*, deberá ser negada.

De otra parte, el Accionante señaló que al no concederle el sustituto de la prisión domiciliaria se ha *“dejando de lado mi precario estado de salud, como lo evidencia mi historia clínica”,* y *“Por ello acudo a usted honorable juez, toda vez que en la Cárcel de Pamplona donde me encuentro ya hay múltiples casos confirmados en los internos, es por ello que acudo al mecanismo constitucional como garante de los derechos fundamentales, porque padezco de HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DIABETES MELLITUS TIPO II INSULINOREQUIRENTE, de lo anterior debo asistir de manera regular a controles a través de medicina general. Es por ello que soy UN PACIENTE DE ALTO RIESGO CARDIOVASCULAR y en grupo de alto riesgo de sufrir complicaciones en caso de infección por virus Covid 19; según mi Historia Clínica del IPS Norte de Santander IPS LOS ALPES, registro No. 31802020, profesional galeno XIOMARA CARVAJAL FERRER”²⁴.*

En el auto de 22 de abril de 2020²⁵ el JEPMS de Pamplona consideró el Decreto Legislativo No. 546 del 14 de abril de 2020 (que extendió el beneficio de prisión domiciliaria en función de la pandemia COVID). Luego de analizar sus artículos 2 (*Ámbito de Aplicación*) y 6 (*Exclusiones*), concluyó que *“Conforme a lo anterior, se debe señalar*

²⁴ Folio 4.

²⁵ Folio 228 y ss.

que ARISTIDES ZABALA PINEDA, fue condenado por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO DE HIDROCARBUROS O SUS DERIVADOS Y COHECHO POR DAR U OFRECER, comportamientos que se encuentran excluidos a la luz de la normatividad en cita, para acceder al beneficio solicitado, circunstancia que hace innecesario verificar el estudio de las causales para hacerse merecedor al sustituto y por consiguiente impide le sea concedida la PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA”.

En la misma decisión, el JEPMS de Pamplona resolvió la solicitud de libertad condicional y sustitución de la prisión elevada por el condenado. Frente a la primera indicó que no cumple con el factor objetivo, y por tanto no había lugar a conceder la libertad condicional. Respecto de la sustitución de la prisión la negó por el incumplimiento de la exigencia objetiva de ser mayor de 65 años.

No obstante haberse estudiado los tres mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, ese Despacho señaló que *“comoquiera que el sentenciado ZABALA PINEDA, igualmente hace referencia a su condición de salud, aspecto que podría dar lugar a la sustitución de la prisión, de darse las exigencias previstas en la norma (art.461, 314 numeral 4º de la ley 906 de 2004), será preciso en orden a establecer si el antes mencionado se encuentra para el momento en estado grave por enfermedad, condición necesaria para realizar los requerimientos legales a que haya lugar, ordenar la práctica de las siguientes pruebas:*

1.- Solicitar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Pamplona, proceda con la mayor brevedad, a examinar al señor ARISTIDES ZABALA PINEDA...”

Tal dictamen médico legal según prueba anexa al expediente²⁶ y manifestación del juzgado ejecutor²⁷ fue practicado el 7 de septiembre de 2020.

Allegado el dictamen pericial el Juzgado ejecutor mediante auto interlocutorio 689 de fecha 9 de septiembre de 2020 resolvió:

PRIMERO: DENEGAR al señor **ARISTIDES ZABALA PINEDA**, cédula **17.527.485**, el sustituto de la prisión domiciliaria por la causal prevista en el artículo 314, numeral 4 de la Ley 906 de 2004, conforme a la motivación que precede.

²⁶ Folio 261 y ss.

²⁷ Folio 511 y ss.

SEGUNDO: ENVIAR COPIA DEL PRESENTE AUTO a la Directora de establecimiento carcelario, para que repose en la hoja de vida del interno.

TERCERO: REMITIR copia del dictamen médico forense del estado de salud, a la dirección del EPMSC de Pamplona para que se tomen las medidas allí establecidas en relación con las patologías que padece el interno en orden a proteger su salud y su vida.

CUARTO: SOLICITAR al establecimiento penitenciario y carcelario de la ciudad, para que dé cumplimiento estricto a lo dispuesto en el artículo 6º, parágrafo 5º del decreto legislativo 546 de 2020.

QUINTO: COORDINAR con la dirección del EPMSC de Pamplona REUNIÓN VIRTUAL EL PRÓXIMO 16 DE septiembre a las 10 A.M. con la presencia de la persona encargada del área de salud y el Procurador 95 Judicial II Penal, en orden a socializar las recomendaciones indicadas en el dictamen médico forense de estado de salud citado y se tomen las medidas pertinentes de acuerdo con el concepto de la perito forense.

SEXTO: HACER SABER que contra el presente proveído, proceden los recursos de reposición y apelación, desde la fecha y hasta el tercer día siguiente a la última notificación, con la carga procesal de sustentarlos.

El argumento para dicha decisión fue que de la valoración realizada *“no puede inferirse que el sentenciado presente una enfermedad muy grave, incompatible con la vida en reclusión formal, que permita dar aplicación a lo normado en el artículo 461, en consonancia con el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y 68 del C.P.”*.

La decisión que notificada al accionante²⁸ y no fue objeto de ningún recurso, según lo manifestó el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA al dar respuesta a la acción de tutela²⁹.

Se evidencia así que ARÍSTIDES ZABALA PINEDA teniendo el derecho y oportunidad de controvertir las decisiones que se emitieron en su caso, optó por guardar silencio, implicando su aceptación, por lo que no puede alegarse con posterioridad la vulneración de derechos por medio de la acción de tutela, dado que este mecanismo no tiene un carácter alternativo y es inviable cuando el interesado dispone de otro medio de defensa judicial, en razón a que su objetivo no es sustituir a los jueces ordinarios, ni servir como instrumento supletorio de los procedimientos señalados en las normas procesales.

Cabe anotar que no se ha desconocido el estado de salud de ARÍSTIDES ZABALA PINEDA ni por parte del JEPMS de Pamplona ni tampoco por el EPMSC de la misma ciudad, pues se han atendido y resuelto sus solicitudes y ha recibido un constante

²⁸ Folio 519

²⁹ Folio 513

tratamiento y asistencia médica conforme a la historia clínica aportada³⁰, y frente a la pandemia COVID-19, conforme a lo expuesto por el ESTABLECIMIENTO CARCELARIO, se han realizado las gestiones necesarias para mitigar la propagación, proporcionando a la población carcelaria gel y jabón antibacterial, elementos de bioseguridad, dotación de cada patio de lavamanos y lavadero y aislamiento del caso positivo que detectado³¹.

Además, el Juzgado executor atendiendo las patologías del interno y el estado de emergencia sanitaria por el que atraviesa el mundo entero a causa de la pandemia COVID 19, ordenó remitir copia del dictamen pericial al INPEC *“en orden a que se atienda lo allí expresado para el cuidado de las patologías que afectan a ZABALA PINEDA...”* y coordinar reunión virtual *“en orden a socializar las recomendaciones indicadas en el dictamen médico forense de estado de salud citado y se tomen las medidas pertinentes de acuerdo con el concepto de la perito forense”*

El 16 de septiembre de 2020³² se realizó reunión virtual con el Procurador Judicial II en asuntos penales Dr. JOSÉ ALFREDO MORA VEGA, la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Dra. LUZ ESTELLA YAÑEZ RODRÍGUEZ, MARILUZ CÁRDENAS MARÍN, enfermera encargada de los servicios de salud, CLAUDIA PORTILLA CARRERO, nutricionista encargada de suministrar los alimentos a los internos y ARÍSTIDES ZABALA PINEDA, donde se socializaron las recomendaciones indicadas en el dictamen pericial observando que se cumple a cabalidad según lo manifestado por los intervinientes y el interno se encuentra estable, en el acta que se aporta y que se encuentra firmada por los asistentes a la reunión se anotó que *“También se le da el uso de la palabra al señor ZABALA PINEDA; manifiesta que no tiene ninguna queja por la dieta y el suministro de la dieta y los medicamentos, pues si bien es cierto al principio se demoró la entrega de los mismos por parte de la EPS, en los últimos meses ha sido puntual la entrega (...)”*

Carencia actual de objeto por el hecho superado.-

En la acción constitucional se solicitó que el EPMSC de Pamplona trasladara a ARÍSTIDES ZABALA PINEDA al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE PAMPLONA para la valoración médico legal ordenada por el JEPMS de Pamplona.

³⁰ Folio 52 y ss

³¹ Folio 485

³² Folio 523 y ss

Obra dentro del expediente dictamen médico forense del estado de salud de ARÍSTIDES ZABALA PINEDA, realizado el 7 de septiembre de 2020 por el Dr. CAMILO ALBERTO GARCÍA JAUREGUI³³, por lo que se tiene que ARÍSTIDES ZABALA PINEDA ya fue trasladado por el CENTRO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PAMPLONA al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL PAMPLONA, en donde le fue practicada la valoración pericial ordenada por el JEPMS de Pamplona, es decir, se encuentran satisfechas la peticiones que al respecto se hicieron en el escrito tutelar.

Previendo que la orden de tutela busca proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, pero en determinados eventos *“cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”, el dispositivo procesal de la carencia actual de objeto por hecho superado contempla el escenario que “se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”*³⁴.

En el caso que ocupa, lo pretendido en la acción de tutela era “instar” al EPMSC de Pamplona que trasladara a ARÍSTIDES ZABALA PINEDA al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, lo que se encuentra satisfecho, pues éste realizó la valoración clínica pedida. Por tanto, desaparecida la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados y atendiendo a que una orden constitucional al respecto no tendría efecto, se constata la existencia del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, y así se declarará.

Sin embargo, en función de las patologías que se constata padece el paciente, se instará al EPMSC de Pamplona para que continúe adoptando las medidas de protección necesarias en su favor para reducir las posibilidades de contagio del virus COVID 19 y le brinde la atención médica que requiera para atender sus padecimientos en forma oportuna y eficaz.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³³ Folio 261 y ss

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T 038 de 2019

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo constitucional solicitado por **ARÍSTIDES ZABALA PINEDA**, respecto a la decisión proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona el 18 de agosto de 2020 que negó el sustituto de prisión domiciliaria, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la valoración médico legal pretendida en la acción constitucional.

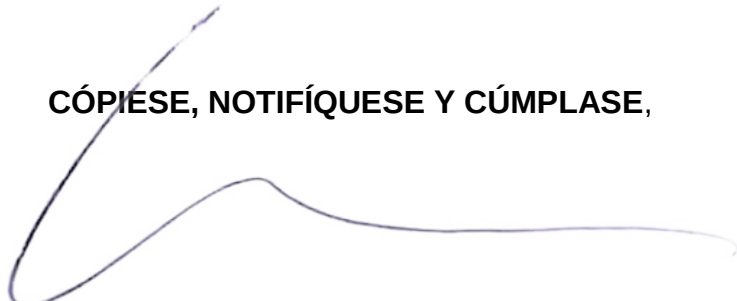
TERCERO: INSTAR al EPMSC de Pamplona para que continúe adoptando las medidas de protección necesarias en su favor para reducir las posibilidades de contagio del virus COVID 19 y le brinde la atención médica que requiera para atender sus padecimientos en forma oportuna y eficaz.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en los artículo 16 y 30 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: De no ser impugnada la presente decisión, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el artículo 31 inciso 2 del Decreto 2591 de 1991.

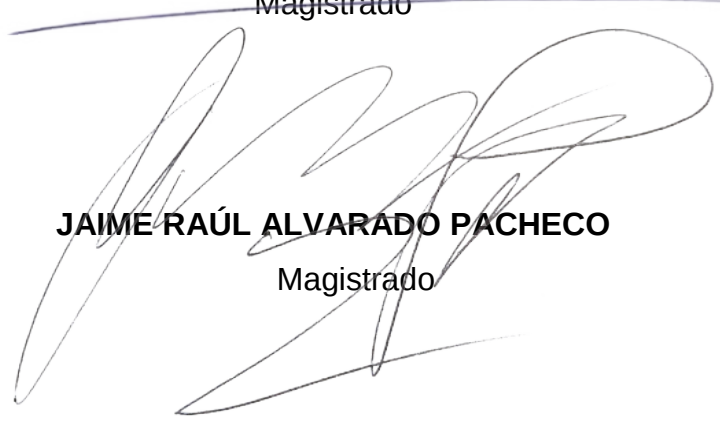
La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual realizada el día 22 de enero de 2021.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

**NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

5e0dba5f7c25184aac4266314bf2d452b3e3961743d9d2e295aa4f88daeb65cf

Documento generado en 22/01/2021 12:03:41 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**